

THÈSE DE

PARIS.

1888.

N^o. 26.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS
PAR SIMPLE CONVENTION

DROIT FRANÇAIS

DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 27 juin 1888, à 1 heure 1/2

PAR

HENRY CLERGET

Avocat à la Cour de Paris

Président : M. GLASSON, professeur.

Juges : MM. | MICHEL HENRY, professeur.
| LARNAUDE, MASSIGLI, agrégés.

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS
PAR SIMPLE CONVENTION

DROIT FRANÇAIS

DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 27 juin 1888, à 1 heure 1/2

PAR

HENRY CLERGET

Avocat à la Cour de Paris

Président : M. GLASSON, professeur.

*Juges : MM. } MICHEL HENRY, professeur.
 } LARNAUDE, MASSIGLI, agrégés.*



PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MON PÈRE

A MA MERE

A CEUX QUE J'AIME



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS. — *Contrats innommés*, Paris, 1866.
ACCARIAS. — *Précis de droit romain*.
BODIN. — *Des effets du pacte de constitut* (*Revue historique*, t. XII)
DEMANGEAT. — *Cours élémentaire de droit romain*, 3^e éd.
DURUY. — *Histoire des Romains*.
J URDAN. — *L'Hypothèque* (Études de droit romain), Aix 1876.
MACHELARD. — *Obligations naturelles*, Paris 1861.
MASSOL. — *Obligations naturelles et morales en droit romain et en droit français*, Paris 1862, 2^e éd.
MAYNZ. — *Cours de droit romain*, Bruxelles 1870-74, 3^e éd.
MOLITOR. — *Obligations en droit romain*, Gand 1866-67.
ORTOLAN et LABBÉ. — *Explication des Institutes de Justinien*, 12^e éd.
PELLAT. — *Textes des Pandectes traduits et commentés*, 2^e éd.
SAVIGNY. — *Le droit des obligations* (traduction Gérardin et Jozon)
Paris 1863.
VANGEROW. — *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1863.
VERNET. — *Théorie des obligations en droit romain*, Paris 1865.
VAN VETTER. — *Les obligations en droit romain*, Gand, 1883-86.
WILLEMS. — *Le droit public romain*, Louvain, 1874, 3^e éd.
-

DROIT ROMAIN

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

PAR SIMPLE CONVENTION

NOTIONS GÉNÉRALES

Le droit ancien des Romains avait environné les actes de la vie civile de solennités déterminées ; certaines formules devaient être prononcées ; certains gestes devaient être faits. Ce formalisme étroit, méticuleux était comme le vêtement dont devait se couvrir la volonté de l'homme qui, toute nue, restait sans effet (1).

Ce qu'il nous faut remarquer, car c'est là le point de départ de notre étude, c'est qu'on devait procéder, sous peine de nullité, aux mêmes cérémonies, quand on voulait produire puis plus tard anéantir tel ou tel acte. C'était une règle importante du droit que Gaius formule

1. Les expressions *pactum nudum*, *pactum vestitum* font bien ressortir cette idée.

ainsi : *omnia quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (1). Lors de son établissement, cette règle eut une portée générale. La propriété était transmise par les modes qui avaient servi à son acquisition (2). La *manus* pouvait résulter de la *confarreatio*, dans ce cas c'était la *diffareatio* qui était le mode obligatoire de la dissolution volontaire de la *manus* ; si ce même pouvoir avait été acquis au mari par une *coemptio*, le mari, pour s'en désister, devait recourir à une *remancipatio*. Une *res* devenue *sacra* quand elle avait été l'objet d'une *consecratio* ou *dedicatio*, ne reprenait son caractère profane que par l'*exauguratio*. Un testament était révoqué par un testament établi dans la même forme (3).

Il est douteux qu'on ait pu anéantir un testament sans procéder à une autre institution d'héritier ; si cela était permis, les testaments *calatis comitiis* et *in procinctu* étaient très probablement révoqués par une loi, et le testament *per æs et libram* par une *remancipatio* que le *familice emptor* faisait au testateur (4).

Un legs ne pouvait être révoqué que par une formule analogue à celle par laquelle il avait été constitué : *Do, lego — Non do, non lego*.

Cet extrême formalisme, qui préside généralement aux

1. D. l. 100 *De reg. jur.* L. 17.

2. Paul, D. l. 153. *De reg. jur.*

3. Nous ne croyons donc pas qu'à l'époque où l'on pouvait tester *calatis comitiis*, *in procinctu*, et *per æs et libram* (Gaius, II, § 102), on ait pu révoquer par un testament *per æs et libram* un testament *calatis comitiis*, ou *in procinctu*, ou réciproquement,

4. M. Accarias, *Précis de dr. romain*, t. I, p. 850 (4^e édit.).

conceptions des législations primitives, est resté un des caractères dominants de la législation romaine. Au temps des jurisconsultes, il a encore un large champ d'applications et Gaius nous signale la règle *quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt* comme un précepte encore bien vivant.

Quant aux raisons de ce formalisme qui nous apparaît incommode et d'une bien difficile application, c'étaient précisément, quoique cela semble contradictoire, des considérations pratiques qui l'avaient fait adopter. Il présentait de précieux avantages pour un peuple encore non civilisé. L'emploi de formes spéciales pour chaque catégorie d'acte excluait toute équivoque, toute fausse interprétation de la volonté de ceux qui les avaient employées. Dans un procès, la tâche du juge lui était rendue facile par l'impossibilité où il était de se méprendre sur le sens et la portée des engagements des parties. Quant à la preuve, on conçoit qu'elle résultait aisément de l'impression très forte que laissaient aux témoins les solennités des différents actes dont ils avaient à faire foi. Enfin, ces mêmes solennités constituaient une évidente publicité vis-à-vis les tiers.

Nous ne dirons pas que c'est à ce seul point de vue qu'on explique le formalisme juridique du peuple romain. On a mis en avant l'égoïsme des patriciens qui voulaient rendre inaccessibles aux plébéiens, les règles du droit compliquées à leur profit. L'influence des idées religieuses peut aussi être invoquée ; sa trace est bien visible dans une foule de solennités du droit civil. Les testaments, par exemple, se firent primitivement au Capitole et en pré-

sence des pontifes qui se joignaient aux comices par curies.

Le formalisme religieux était, du reste, aussi étroit que le formalisme juridique. « Faute d'un mot, un sacrifice devenait inutile et une prière était vaine (1) ». *Qui virgula cadit causa cadit*; pour une virgule, on perd sa cause aussi bien devant les dieux que devant les hommes. La réglementation de la piété fut à Rome, le produit spontané du caractère national, essentiellement formaliste.

Etant donné qu'un législateur attribue à certaines formes seules une vertu créatrice, il est très naturel, très logique qu'il leur attribue aussi la même vertu extinctive. *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* (2). Ulpien formule ce principe pour l'appliquer ensuite aux obligations qui naissent de la convention. C'est qu'en effet, comme les autres matières de la législation, elles n'avaient pas échappé au formalisme et le simple consentement était insuffisant pour créer ou éteindre une obligation conventionnelle : *nuda pactio obligationem non parit*. — *Ex pacto actio non nascitur* (3). La loi ne reconnaissait donc comme efficaces, en assurant leur exécution par une action, que les obligations nées de conventions revêtant des formes précises, c'est-à-dire issues d'un contrat.

N'y eut-il au début, qu'un contrat unique, le *nexum*, dans le moule duquel les obligations devaient naître et

1. Duruy, *Hist. des Romains*. T. I, p. 93.

2. D. I. 34. *De reg. jur.*

3. L. 3, §§ 4 et 5, *De pact.* 2, 14.

s'éteindre? Devait-on recourir, dans tous les cas, à l'emploi de la pièce d'airain et de la balance (*æs et libra*) accompagnant les paroles sacramentelles? C'est une question controversée (1).

Ce qu'il y a de certain c'est qu'au temps de Gaius il y avait encore des obligations qui ne pouvaient être contractées et disparaître conventionnellement que *per æs et libram* (2). Ce qui est non moins exact c'est que, dès l'apparition des contrats, lorsqu'une obligation était engendrée par un contrat où le consentement était déterminé et limité dans ses effets par un élément formel, le paiement, *lato sensu*, c'est-à-dire l'exécution de l'obligation par le débiteur, n'était pas un mode de libération; il permettait seulement d'opérer la remise de l'obligation par un recours aux formes dans lesquelles les parties avaient contracté. Ainsi, pour que le débiteur fût affranchi d'une obligation née d'un contrat *verbis*, il fallait qu'une acceptilation intervînt. La libération d'une obligation littérale s'opérait à l'aide de *litteræ novæ*. Il ne faut pas toutefois exagérer la portée de la règle : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* dans la matière des obligations.

Si les obligations nées d'un *mutuum*, *re* par conséquent s'éteignaient également *re*, c'est-à-dire par une tradition inverse, cela tient moins à une conséquence de notre règle qu'à l'impossibilité de se libérer autrement d'une façon

1. Pour l'affirmative, Ortolan. *Explicat. hist. des Instit.* n. 119¹ et suiv. M. Labbé, *appendice X* sur le n. 1619. de l'ouvrage de M. Ortolan. — *Contra* M. Accarias, T. 2. p. 196, note 1 (3^e édit).

2. Gaius *Comm.* 3 § 173 et § 174.

effective, normale. De même s'il est exact de dire que les obligations nées d'un contrat consensuel s'éteignaient *contrario consensu*, il ne serait plus vrai d'ajouter que le *contrarius consensus* opérerait comme seul mode régulier et obligatoire de libération ; cela impliquerait que les obligations nées des contrats consensuels devaient se dissoudre avant toute exécution, ce qui serait une conséquence absurde. Le paiement dut de tout temps éteindre les obligations nées de contrats consensuels, dans une proportion bien plus considérable que le *contrarius consensus* (1).

Nous ajouterons que dans la matière des quasi-contrats des délits et des-quasi délits on ne voit pas comment la règle : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, aurait pu fonctionner. Eteindre les obligations nées d'un délit par un autre délit, cela ne se conçoit pas. Ici encore, le paiement était le mode régulier, normal de libération.

Plus tard, le paiement et la novation éteindront à eux seuls toute espèce d'obligations. La stipulation et les contrats consensuels seront les seuls contrats conservant, en dehors des modes d'extinction généraux, l'acceptilation et le *contrarius consensus* comme modes particuliers de libération, ne s'adaptant qu'à eux. Ce sera là toute la signification de notre règle, dans les contrats, mais cela ne se produira que dans le dernier état de la législation.

Nous avons parlé tout à l'heure d'obligations nées de contrats consensuels, pouvant être éteintes ensuite par

1. Ici, le paiement est à lui seul, le mode complet de libération. En matière de contrats consensuels, toutes formes sont écartées, aussi bien quand ils naissent que lorsqu'ils prennent fin.

une volonté contraire. Il y a là une application directe de la règle formaliste *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* et cependant ce résultat est complètement indépendant de tout formalisme. C'est ce sur quoi nous devons insister.

Sans qu'on puisse assigner une date précise à l'apparition des contrats consensuels, il est permis de penser qu'ils ne furent admis qu'après les autres. Ils échappent à la règle : *nuda pactio obligationem non parit*, puisque le seul consentement en dehors de toute espèce de formes, suffit à leur naissance comme à leur fin. Leur création fut un des premiers pas fait par le droit civil lui-même hors de la voie étroite des formules, mais cela n'eut lieu que, lorsque la science pénétrant dans l'esprit des Romains et la civilisation dans leurs mœurs, les avantages du formalisme devinrent moins sensibles. L'introduction de l'écriture fournit un moyen de preuve très-sûr. Le juge, d'ailleurs mieux éclairé par les développements de la science juridique, put se faire une opinion en dehors des éléments de preuve brutalement fournis par la pantomime et des formules toutes faites. Avec le temps, on dut être de plus en plus sensible aux inconvénients du formalisme, à ses lenteurs, à sa difficulté pratique, au désavantage dans lequel se trouvait une ignorante simplicité vis-à-vis d'une savante mauvaise foi. Quelle est l'opération plus commune, plus quotidiennement faite que la vente ? Or, au début de la législation, la vente nécessitait une double cérémonie. Qu'on eût recours, en effet, au *nexum* ou à la stipulation, l'un et l'autre ne se prêtaient qu'à la création d'obligations unilatérales. Faire une dou-

ble stipulation était long et incommode. Aussi le plus souvent, les parties devaient-elles s'en rapporter à la bonne foi l'une de l'autre, mais alors il dut y avoir des exemples frappants de déloyauté et force fut à la loi civile de consacrer une pratique commode.

La réaction contre l'ancien système ne se borna pas à l'introduction des contrats consensuels. En nous maintenant dans notre sujet, nous constatons d'autres échecs à la règle *nuda pactio obligationem non parit*. C'est ainsi que le droit civil admit aussi qu'un simple pacte pouvait éteindre les actions *furti et injuriarum*. Cette innovation date de la loi des XII Tables (1).

Mais les plus grands progrès que fit la *nuda pactio* dans la matière qui nous occupe sont dus à l'initiative du préteur dont une des missions était d'adoucir la rigueur du droit civil. Il disposa que tout pacte, conclu d'ailleurs sans dol et n'offensant pas les lois (L. 7, § 7, *De pact.*), serait armé d'une exception lorsqu'il tendrait à diminuer ou à éteindre une obligation. En agissant ainsi, le préteur respecte la loi du droit civil : *nuda pactio obligationem non parit*; il y ajoute simplement ceci : *sed parit exceptionem*.

Quant au pacte conclu *ad formandam obligationem*, nous n'avons rien à en dire, sinon qu'il reste sans effet; car l'exception ne lui est d'aucun secours, à moins de circonstances bien improbables, comme si la personne obligée en vertu du pacte paie et s'avise ensuite de répé-

1. L. 7, § 14 et l. 17, § 1, *De pactis*.

ter. Toutefois, ce qui nous intéresse, c'est que ce pacte crée une obligation naturelle qui disparaît par l'effet d'un pacte contraire.

Plus tard, s'autorisant de ce que le droit civil lui-même avait fait pour les contrats consensuels et à propos des actions *furti* et *injuriarum*, le préteur arma certains pactes d'une action. Les plus remarquables sont les pactes de constitut, de serment et d'hypothèque; ce dernier est surtout remarquable, non-seulement parce qu'il échappe comme les précédents à la règle : *ex pacto actio non nascitur*, mais encore parce qu'il crée un droit réel, ce que les contrats eux-mêmes sont impuissants à produire. A propos des pactes prétoriens et d'autres pactes connus sous le nom de légitimes, que les constitutions impériales munirent d'une action, nous aurons à nous demander quel était le rôle de la simple convention dans leur dissolution.

En définitive, l'objet de notre travail est d'étudier les effets de la simple convention dans toute la matière des obligations, lorsque le consentement mutuel tend, abstraction faite de tout autre élément, à éteindre l'obligation, à briser le *vinculum juris*. La convention extinctive opère tantôt *ipso jure*, comme dans la matière des contrats consensuels, sous le nom de *contrarius consensus*, des actions *furti* et *injuriarum*, des obligations naturelles, des pactes prétoriens et légitimes, tantôt *exceptionis ope*, dans tous les autres cas. Dans une *première Partie*, nous traiterons des cas où la simple convention éteint l'obligation *ipso jure*; dans une *deuxième Partie*, nous

nous occuperons du pacte de dissolution, quand son effet se produit *exceptionis ope*, en d'autres termes, nous étudierons le pacte *de non petendo*, mais seulement quand il a pour but la suppression, l'anéantissement de l'obligation.

PREMIÈRE PARTIE

De l'Extinction *IPSO JURE* des Obligations par simple convention.

CHAPITRE PREMIER.

DU CONTRARIUS CONSENSUS

C'est ainsi que les Romains appellent le pacte conçu en sens contraire de celui qui a suffi à former un contrat consensuel (1). Les expressions *contraria voluntas* (2), *contrarius dissensus* (3) sont également employées. Les commentateurs traduisent ces termes par *mutuel dissentiment*.

Il faut supposer qu'après avoir fait un contrat consensuel, les parties se repentent et désirent échapper aux

1. L. 35, *De reg. jur.*

2. *Instit. lib. III, T. XIX, § 4.*

3. L. 80, *De solution.*

conséquences de leurs obligations. Dans ce cas, soit qu'elles veuillent être simplement libérées, soit qu'elles tiennent à modifier après coup, les obligations nées de leur contrat, le *contrarius consensus* suffit à éteindre *ipso jure*, indépendamment de toute forme, les obligations nées d'un quelconque des contrats consensuels : vente, louage, société ou mandat. Mais comment cela est-il possible ? C'est ce que nous devons nous demander tout d'abord. Ce résultat peut s'obtenir moyennant une seule condition ; il faut que les *choses* soient encore *entières*. C'est la décision des Institutes, c'est aussi l'avis de Paul (l. 3, XVIII, 5), de Nératius (l. 58, II, 14), de Julien (l. 5, § 1, XVIII, 5), de Pomponius (l. 80, XLVI, 3) (1).

Il n'y a plus *res integra*, partant plus de place au *contrarius consensus*, toutes les fois que pour un motif quelconque, l'obligation de l'une des parties a disparu ; par exemple, si après une vente, la chose vendue a péri par cas fortuit, ou si une novation est intervenue, ou s'il y a eu exécution du contrat par l'une ou l'autre des parties (2). En effet, quel est le rôle du *contrarius consensus* ? Il doit dissoudre les obligations nées d'un contrat consensuel, c'est-à-dire synallagmatique. La source des obligations étant double, il faut qu'une double libération soit opérée par le mode d'extinction volontaire, correspondant au mode de création volontaire. S'il y a deux contractants et

1. V. aussi au Code, deux constitutions, l'une de Gordien, l'autre de Dioclétien (l. 1 et l. 2, IV, 45).

2. L. 3 et L. 5, § 2, *De resc. vend.* XVIII, 5.

que l'un des deux soit déjà libéré de son obligation, par la perte de la chose due, ou pour une autre raison, comment le *contrarius consensus* pourrait-il fonctionner puisqu'il ne peut délier une partie sans délier l'autre, et que l'une d'elles n'est plus tenue ?

Il semble d'après le langage des Institutes (*re nondum secuta*) (1), que les choses soient réputées entières, tant qu'il n'y a eu aucune exécution du contrat. C'est inexact ou tout au moins incomplet. C'est à cette hypothèse toutefois que nous nous attacherons, parce que c'est celle qui est le plus souvent prévue par les textes et qui prête seule à des difficultés.

Titius propose à Seius de lui louer le fonds Cornélien ; Seius accepte cette proposition ; immédiatement le contrat de louage est formé par ce simple accord de volontés. Puis séance tenante, par exemple, Seius qui a réfléchi et pense que les conditions de la location seraient trop onéreuses pour lui, manifeste à Titius le désir de revenir sur ce qui a été fait. Titius y consent ; l'effet extinctif de cette nouvelle convention est radical et adéquat à l'effet du contrat : une double obligation née du consentement est anéantie par une double libération opérée à l'aide d'une manifestation contraire de volontés. Tout se passe comme s'il n'y avait jamais eu rien de fait.

Jusqu'ici rien de plus simple, mais supposons qu'il y ait eu exécution par l'une ou l'autre des parties. Le *contrarius consensus* ne peut-il plus intervenir dans aucun cas ? En d'autres termes tous les actes d'exécution font-ils obstacle à son effet ?

1. Lib. III, T. XIX, § 4.

Il est certain que lorsqu'il y a eu exécution totale ou partielle (les textes assimilent les deux cas) d'une des obligations principales nées du contrat, il n'y a plus place pour le mutuel dissentiment. Supposons qu'après la conclusion d'une vente, la chose ait été livrée ou le prix payé, le contrat ne peut plus être anéanti *contrario consensu*. Cela résulte de l'impossibilité qu'il y a pour le mutuel dissentiment de produire une double libération, ainsi que nous l'avons dit plus haut. Le droit civil ne tenant pas compte de la *nuda pactio*, comment le *contrarius consensus* pourrait-il servir de base à une action contre le fait accompli, contre la tradition du vendeur, par exemple ? Il ne vaut même pas comme pacte *de non petendo* et ne peut être muni d'une exception par le prêteur, car ce n'est pas cela que les parties ont voulu faire. Elles ont entendu rester sur un pied d'égalité parfaite ; il n'y a pas trace chez l'une d'elles d'une intention de libéralité, car il ne s'est pas agi de relever de son obligation, celui des contractants qui ne s'en est pas encore acquitté. Le pacte dont il s'agit n'ayant aucun effet, il n'est pas possible qu'il fasse obstacle à l'exécution totale du contrat.

Il est évident, toutefois, qu'on n'arrive pas irrémédiablement à ce résultat et que si l'une des parties a exécuté son obligation, il n'est pas fatalement nécessaire que l'autre s'acquitte de la sienne. Seulement soit que les parties veuillent revenir en arrière et anéantir les effets qui se sont déjà produits à la suite du contrat intervenu entre elles, soit qu'elles désirent s'en tenir à une exécution partielle de leurs obligations réciproques, le *contrarius consensus* ne leur est d'aucun secours. En reprenant l'hypo-

thèse d'une vente, si le vendeur a livré la chose et n'a pas reçu le prix, et si l'acheteur et lui sont d'accord pour mettre à néant les effets du contrat, ils arriveront à ce résultat en faisant, par exemple, une deuxième vente où les rôles seront intervertis. « *Post traditionem interpositam, nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis, retro agens venditionem intercesse-rit* (1). »

Au lieu de revenir en arrière, les parties peuvent vouloir s'en tenir à ce qui a été exécuté par l'une d'elles. Il plaît, par exemple, au vendeur qui a livré la chose et n'a pas reçu le prix, de faire à l'acheteur une libéralité, de transformer en don ce qui a été l'objet d'un contrat à titre onéreux. La tradition étant faite, il n'y a qu'à transformer la cause de la possession. C'est au moyen d'un pacte *de non petendo* que ce but sera atteint. Le vendeur n'a qu'à dispenser l'acheteur de lui payer le prix pour en faire un véritable donataire.

En résumé, le *contrarius consensus* est impuissant contre des faits accomplis ; il ne peut empêcher ce qui a eu lieu d'avoir existé. Si les parties veulent réparer, dans la mesure du possible, les effets qui se sont déjà produits à la suite du contrat qu'elles ont fait, il faut qu'elles emploient d'autres moyens que le mutuel dissentiment, propres à obtenir ce résultat.

Notons que dans le mandat, la société et le louage, contrats qui embrassent une certaine durée, le pouvoir du *contrarius consensus* est de les limiter, d'en faire cesser

1. L. 1 C. IV, 45.

Clerjel

les effets pour l'avenir sans qu'il soit possible bien entendu, que les effets passés soient pareillement détruits.

Voilà donc un premier point établi, sans que nous ayons à constater des divergences d'opinion parmi les jurisconsultes romains : l'exécution totale ou partielle de l'une des obligations qui dérivent essentiellement d'un contrat consensuel empêche le *contrarius consensus* de se produire efficacement.

Mais il y a des actes au sujet desquels on peut se demander s'ils constituent réellement des actes d'exécution et il y a d'autres faits dont le caractère exécutoire ne peut être nié, mais qui ne portent que sur une clause accidentelle, accessoire du contrat, qui s'accomplissent, par conséquent, tout à fait en dehors de la prestation des obligations essentielles du contrat. Ces deux sortes d'actes feront l'objet d'un double examen.

1° Nous supposerons d'abord, en nous plaçant dans l'hypothèse pratique d'une vente, si fréquemment prévue par les textes, que des arrhes ou un fidéjusseur ont été fournis par l'une des parties à l'autre, sans que cela ait été prévu lors de la formation du contrat. Dans ce cas, nous ne croyons pas qu'on puisse dire qu'il y a eu exécution du contrat; par conséquent, malgré les arrhes données et le fidéjusseur fourni, les choses sont encore entières au sens exact de cette expression, puisque rien de ce qui doit être exécuté d'après le contrat, n'a été encore accompli. Les parties sont donc libres d'éteindre, *contrario consensu*, les obligations du contrat.

Que sont les arrhes? Un simple moyen de preuve que le contrat s'est formé. Tout le monde est d'accord là-des-

sus ; des textes nombreux l'affirment (1). Elles peuvent se borner à la remise d'un simple anneau (2). La partie qui les a données les répète une fois son obligation exécutée (L. 11, § 6, XIX, 1). Le plus souvent il est vrai c'est l'acheteur qui les fournira et elles consisteront en une somme d'argent qui s'imputera sur le prix. Mais pourquoi cela ? Ce n'est pas qu'elles constituent une partie du prix lorsqu'il est encore dû ; comme dans les autres cas, elles ne sont qu'un élément de preuve. Mais quand l'acheteur exécute son obligation, les arrhes n'ont plus de raison d'être comme élément de preuve ; quoi de plus naturel que de les transformer alors, pour plus de simplicité dans le paiement, en une partie du prix ? Cela résulte de l'accord tacite des contractants. Si par erreur, outre les arrhes fournies, l'acheteur paie la totalité du prix, les arrhes sont sans cause entre les mains du vendeur ; elles ne peuvent plus être considérées comme un élément de preuve, et elles ne comptent pas dans le prix puisqu'il a été versé intégralement. L'acheteur aura donc la *condictio sine causa* ou l'action même du contrat pour répéter la totalité des arrhes.

Que fait le vendeur en proposant après la vente, à l'acheteur qui accepte, de s'adjoindre un fidéjusseur ? Exécute-t-il le contrat ? Non assurément ; il donne seulement à l'acheteur une garantie nouvelle qu'il exécutera les obligations du contrat qui lui incombent. Il n'y a pas exécu-

1. Instit. *pr.* III, 23 ; Gaius, C. III, § 139 et l. 35, *pr.* De *contr. empt.* XVIII, 1.

2. L. 5, § 15, XIV, 3.

tion, il y a une chance de plus que l'exécution aura lieu. Nous croyons que c'est là le point de vue auquel il faut se placer, pour interpréter le § 12 de la loi 95 au Digeste, *De solut. et liberat* (XLVI, 3) : « S'il est convenu entre l'acheteur et le vendeur, nous dit Papinien dans ce fragment, que la vente ne sera pas exécutée, et cela avant que l'une ou l'autre des parties se soit acquittée de quelque chose, le fidéjusseur qui a été reçu à l'occasion de cette vente, sera libéré par la dissolution du controt. »

Si malgré le fidéjusseur fourni, le jurisconsulte suppose que le vendeur et l'acheteur reviennent sur le contrat *priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur*, c'est qu'il admet qu'il n'a pas été question de fidéjussion lors de la vente, qu'il n'y a pas eu de clause dans le contrat obligeant une partie à donner à l'autre cette garantie spéciale, car fournir un fidéjusseur quand le contrat l'exige, c'est bien, il nous semble, *solvere aliquid*.

2° Tout autre serait l'hypothèse où, au moment de la vente, les parties auraient créé dans le contrat même, l'obligation pour l'une d'elles de fournir soit un fidéjusseur, soit des arrhes. Il nous semble alors, quand ces actes s'accomplissent, que l'exécution du contrat est par là-même commencée, car on s'acquitte de quelque chose à quoi l'on est obligé par le contrat. On ne peut plus dire alors que les choses sont encore entières, *non secutæ*, et si les parties veulent ensuite se délier réciproquement des autres obligations du contrat, elles devront recourir à d'autres moyens que le *contrarius consensus*.

Sans doute, l'obligation de fournir un fidéjusseur ou des arrhes dérive d'une clause accidentelle, elle n'est

qu'accessoire et ne touche pas à l'essence du contrat. Qu'importe? Le contrat qu'ont voulu faire les parties ne serait pas complet sans elle. C'est elle seule peut-être qui a déterminé le contractant au profit duquel elle a été consentie. Elle fait partie du contrat; l'exécuter c'est donc exécuter le contrat.

Sur ce point, les jurisconsultes n'étaient pas tous d'accord cependant. Dans la loi 3, *De rescin vendit*. (XVIII, 5), Paul formule d'abord la grande règle qui domine tout le sujet. De même que la vente est parfaite par le seul consentement, de même le consentement contraire suffit à la dissoudre, pourvu qu'il n'y ait pas eu *res secuta* c'est-à-dire exécution du contrat. Donc si, en exécution du contrat, ajoute le jurisconsulte, un fidéjusseur a été fourni par l'une ou l'autre des parties, il y a *res secuta* et la question se pose de savoir comment les parties, voulant résoudre la vente, seront libérées de leurs obligations et avec elles le fidéjusseur? Pour le jurisconsulte, ce sera par une exception *pacti conventi*. Le mutuel dissentiment, en effet, ne peut plus dissoudre *ipso jure* les obligations engendrées par le contrat. Cette solution est très exacte, très conforme aux principes (1).

Elle a dû cependant être jugée trop rigoureuse, puisque le texte même de Paul annonce l'existence d'une controverse (*quæsitum est*). Certains jurisconsultes durent

1. Nous croyons que la loi de Paul n'est pas en contradiction avec le texte de Papinien dont nous avons parlé tout à l'heure (l. 95, 46, 3). Ce dernier jurisconsulte se place dans l'hypothèse où un fidéjusseur a été fourni sans que cela ait été prévu au contrat de vente.

admettre qu'un acte d'exécution portant sur une clause accessoire du contrat n'était pas un obstacle à l'effet radical du *contrarius consensus*.

Ariston professait une doctrine encore plus douce. Nératius nous la fait connaître dans la loi 58 *De pactis*. Il suppose que c'est une obligation essentielle du contrat qui a été exécutée; que le vendeur, par exemple, a livré la chose. S'il n'a pas reçu le prix et que les parties veuillent revenir sur ce qu'elles ont fait, l'acheteur n'a qu'à remettre au vendeur la chose telle qu'il l'a reçue, pour qu'il cesse *ipso jure* d'en devoir le prix; la bonne foi qui doit ici tout dominer admet cette convention.

Nous pensons avec M. Demangeat (1) qu'il n'y a dans cette doctrine qu'un moyen offert aux parties, lorsque les choses ne sont plus entières, parce qu'il y a eu exécution par l'une d'elles d'une obligation du contrat, d'anéantir pour l'avenir les effets de la tradition.

Quand il y a eu tradition faite par le vendeur, par exemple, les parties ne peuvent pas, ni *solo consensu*, ni autrement, faire que cette tradition n'ait pas eu lieu, l'effacer dans le passé. Elles peuvent, nous l'avons dit précédemment, faire une deuxième vente avec intervention des rôles. Ou bien, et c'est là le moyen que leur propose Ariston, l'acheteur peut rendre au vendeur la chose qu'il en a reçue; la situation est alors la même que s'il n'y avait pas eu exécution; les choses sont réputées entières et les parties peuvent *contrario consensu*, s'interdire réciproquement d'user des actions nées du con-

1. Cours élém. de dr. rom. T. II, p. 517.

trat, les éteindre *ipso jure*. Mais c'est là un résultat tout d'équité et qui n'empêche pas, nous insistons sur ce point, qu'il y ait eu tradition, faite par le vendeur, dans notre hypothèse.

Supposons qu'il était en voie d'usucaper la chose qu'il a vendue et livrée; l'acheteur découvre une cause d'éviction avant de payer le prix, il apprend que le vendeur n'était pas propriétaire; il en informe ce dernier qui consent à reprendre la chose; dès lors, suivant la doctrine d'Ariston, l'acheteur cesse *ipso jure* de devoir le prix. Comme il y a eu une première tradition faite par le vendeur, il y a eu une interruption de l'usucapion par la perte de la possession, et dans le cas que nous prévoyons, le vendeur ne pourra pas même commencer une nouvelle usucapion, parce qu'il n'est plus de bonne foi au moment de la deuxième tradition. (Paul, l. 2, § 17 *Pro emptore*, XLI, 4).

Nous avons dit que nous rattachions le mode d'extinction que nous étudions, à la règle : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*. Ce point de vue est confirmé par bien des textes, entre autres par les lois 80, *De solut.* et 35, *De reg. jur.* Notons que ce dernier texte est d'Ulpien. Comment se fait-il que cet éminent jurisconsulte se contredise dans la loi 7, § 6, *De pactis*, où il limite l'effet du *contrarius consensus* à celui d'un pacte venant *ex intervallo* anéantir ou diminuer les obligations d'un contrat de bonne foi, et n'engendrant qu'une exception qui est de plein droit sous-entendue dans la formule? Nous n'entreprendrons pas l'explication impossible de cette contradiction. La doctrine d'Ulpien, dans ce dernier frag-

ment, n'est pas évidemment la doctrine romaine. La loi 21, § 4, *Quod metus causa*, compare l'effet du mutuel dissentiment à celui de l'acceptilation et la loi 2 *De resc. vend.* dit : *Infecta fit emptio*.

Remarquons à côté de la contradiction d'Ulpien, une doctrine inverse de celle de la loi 7, qui est énoncée dans quelques textes. Les effets du *contrarius consensus* y sont attachés à un simple pacte *de non petendo* ou à une acceptilation, qui en matière de contrats consensuels ne peut valoir que comme *pacte de non petendo*. « Il ne peut y avoir là, dit avec raison M. Accarias (1), qu'une présomption qui s'effacerait devant la preuve d'une volonté contraire » (L. 5 pr. *De resc. vend.* XVIII, 5; L. 23, *De accept.* XLVI, 4).

Nous terminons cette étude du *contrarius consensus* par deux observations importantes.

1° Les quatre contrats consensuels sont révocables par le mutuel dissentiment, mais il en est deux qui peuvent prendre fin par la volonté d'une seule des parties contractantes et cela qu'il y ait eu ou non exécution. Ce sont la société et le mandat (2). Ces deux contrats, en effet, se font *intuitu personæ*; or la confiance ne se commande pas, et quand un des associés est mis en défiance par les agissements de ses coassociés, ou quand le mandant par

1. T. II, p. 726, note 3.

2. C'est pour cette raison sans doute, que les jurisconsultes romains, toutes les fois qu'ils énumèrent les contrats consensuels qui se dissolvent par le *mutuus dissensus*, ne mentionnent que la vente et le louage (Molitor, *Oblig. en dr. rom.* T. 2, n° 1018).

exemple, constate que le mandataire n'est plus à la hauteur de sa tâche, il est de toute équité, de toute justice, que la société ou le mandat ne se continuent pas davantage. Ce mode de dissolution, spécial aux deux contrats en question, porte dans les textes le nom de *renuntiatio* (1) quand il s'agit de la société, de *revocatio* ou *renuntiatio* dans le mandat, suivant qu'il cesse par la volonté du mandant ou du mandataire (2). Il n'y a point de condition à la *revocatio* du mandat, mais la *renuntiatio* faite soit par le mandataire, soit par un des associés ne doit être ni dolosive ni même intempestive. Sans doute, toute *renuntiatio* quelle qu'elle soit, met fin au contrat, mais son auteur, lorsqu'elle est entachée de dol ou faite en temps inopportun, est passible de dommages-intérêts (3).

Ajoutons qu'il y a des cas où le mandat ayant établi un intérêt pour une tierce personne, ne peut pas être révoqué par le mandant. Ceci arrive lorsqu'il a été créé un *adjectus solutionis gratia*. Le promettant a un droit acquis à pouvoir se libérer entre les mains de l'*adjectus* (4). Un autre cas est celui où il existe un *adstipulator* à côté du créancier principal. L'*adstipulatio* peut être moins onéreuse que la stipulation principale pour le débiteur; il a donc intérêt à ce que le créancier ne révoque pas le mandat de l'*adstipulator*. De plus une créance est née au profit de l'*adstipulator* dont il est le maître, puisqu'il peut en disposer à son gré;

1. *Instit.* L. III, t. 25, *De soc.* § 4.

2. *Inst.* L. III, t. 26, *De mand.* §§ 9 et 11.

3. D. LL. 14 et 65, §§ 5 et 6 *Pro socio*; *Instit.* *De mand.* § 11.

4. Gaïus, l. 106, *De solut.*, XLVI, 3.

toutefois si par son fait, il a causé un préjudice au créancier principal, il devra le réparer, et si ce fait va jusqu'au délit, il tombera alors sous l'application du deuxième chef de la loi *Aquiliana*.

2° Le *contrarius consensus* n'est qu'un pacte *ex intervallo* adjoint à un contrat de bonne foi. Mais tandis que, en règle générale, le pacte adjoint *ex intervallo* à un contrat de bonne foi n'opère que par voie d'exception et alors seulement qu'il tend à diminuer ou à éteindre les obligations nées du contrat, le *contrarius consensus*, qu'il ait pour but non-seulement d'éteindre les obligations du contrat consensuel, ce que nous avons toujours supposé, mais encore de changer dans une vente, par exemple, le prix ou la chose vendue, même de les augmenter, le *contrarius consensus*, disons-nous, opère *ipso jure* parce que l'analyse y trouve en réalité deux conventions distinctes, d'égale force et se suffisant à elles-mêmes : l'une ayant pour but de dissoudre une vente, l'autre d'en former une nouvelle. Cette doctrine est exacte, chaque fois que le pacte modifie le contrat consensuel dans l'un de ses éléments substantiels, mais elle cesse d'être vraie si le pacte tend à ajouter au contrat un de ces éléments qu'on désigne sous le nom d'*adminicula*. Une telle convention serait inefficace.

CHAPITRE II

DE L'EXTINCTION DES ACTIONS FURTI ET INJURIARUM PAR SIMPLE PACTE

Certaines actions *ex delicto*, les actions *furti* et *injuriarum* pouvaient être éteintes *ipso jure* d'après le droit civil, par l'effet d'un simple pacte. *Quedam actiones per pactum ipse jure tolluntur; ut injuriarum item furti* (L. 17, § 1; L. 7, § 14; L. 27, § 2; L. 17 *pr.* *De condict. furt.* XIII, 1. L. 17, § 6, *De injuriis*, IX, 35).

Cette disposition est fort ancienne; elle émane en effet, de la loi des XII Tables. On en a donné l'explication suivante : on a dit d'abord que le législateur avait été ému de l'énormité de la peine infligée à la personne coupable de vol ou d'injure et qu'il avait cherché à en restreindre l'application. C'était, en effet, la peine du talion qui réprimait les deux délits de vol et d'injure.

Nous avons le texte pour l'action *injuriarum* : *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* (Tab. 8, § 1). D'autre part, on permettait certainement à l'auteur d'un des deux délits de composer avec sa victime. La composition satisfaisait plus la victime tout en nuisant moins au coupable. De là à permettre la remise pure et simple il n'y avait qu'un pas qui fut vite franchi (1).

1. D'après M. Accarias, la peine du talion ne s'appliqua jamais T. II, n° 677); car de deux choses l'une, dit cet auteur : ou les

Mais il n'y avait que les actions *pænæ persecutoriæ* qui pouvaient être éteintes *ipso jure* par un pacte de remise. La victime du vol avait, en effet, pour la réparation du préjudice causé, outre l'action *furti* qui était purement pénale, trois actions civiles *rei persecutoriæ*, à son choix : la revendication, l'action *ad exhibendum* et la *condictio furtiva*. Si la victime consentait à éteindre l'action *furti* par un pacte de remise, elle avait encore à sa disposition une des trois actions civiles ci-dessus (L. 7, pr. *De condict. furt.*). Au cas d'injure, comme l'offensé n'était atteint qu'en sa personne et n'éprouvait aucun préjudice pécuniaire, il n'avait pas d'action *rei persecutoriæ*. La remise de l'action *injuriarum* mettait donc le coupable à l'abri de toute poursuite.

Les autres délits rentrent dans le droit commun ; un simple pacte ne pouvait donc en effacer radicalement les effets. Si les parties désiraient éteindre *ipso jure* l'action mixte *legis Aquiliæ*, en cas de *damnum injuria datum*, il leur fallait déduire dans une stipulation la valeur du dommage causé, puis faire une acceptilation.

Ce deuxième cas où le droit civil donne au simple pacte un effet extinctif absolu, n'est pas comme le précédent, ainsi que nous l'avons déjà dit, une conséquence de la règle : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*.

parties transigeaient pour une somme d'argent et alors il n'y avait plus de poursuite possible ; ou bien à défaut de transaction l'action pénale s'engageait, mais elle ne pouvait aboutir qu'à une condamnation pécuniaire. — Pour la validité de notre explication, il suffit que la peine du talion ait reçu une consécration légale.

CHAPITRE III

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS NATURELLES PAR SIMPLE CONVENTION

« Quand il s'agit d'obligations naturelles le *jus civile* n'est pas en cause. Il n'y a à considérer que les règles du *jus gentium*. Tel est le principe posé par la loi 84, § 1, *De reg. jur* (1). »

Les obligations naturelles s'analysant en un pur lien d'équité, s'éteignent *ipso jure* par l'effet d'un simple pacte : « *Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, ipso jure tollitur ; quod vinculum æquitatis quo solo sustinebatur conventionis æquitate dissolvitur ; ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur* (L. 95, § 4, *De solut.* XLVI, 3). »

Cet effet donné au pacte, dérive d'une application de la règle : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, pour ceux du moins, qui admettent ainsi que nous, que l'obligation naturelle peut naître d'un simple pacte. La discussion de cette question est hors de notre sujet.

Papinien, dans le fragment que nous venons de rapporter, émet une opinion bien claire. Il assimile le pacte

1. Machelard, *Oblig. nat.* p. 30.

comme mode d'extinction de l'obligation naturelle, au paiement lui-même, c'est-à-dire au mode par excellence d'extinction *ipso jure* de toutes les obligations. Puis le jurisconsulte ajoute que dans le cas où un pacte de remise a été accordé à un pupille qui s'est obligé naturellement, et a fourni un fidéjusseur, ce pacte libère *ipso jure* et le pupille et le fidéjusseur. En effet l'obligation naturelle du pupille étant éteinte, la garantie du fidéjusseur n'est plus d'aucune utilité. La solution serait différente si un pacte de remise avait été concédé au fidéjusseur ; d'abord l'obligation du pupille resterait intacte, puis le fidéjusseur tenu civilement, ne serait libéré qu'*exceptio-nis ope* (1).

Malgré le texte si précis de Papinien, on a contesté cet effet radicalement extinctif du pacte de remise à l'égard des obligations naturelles. On s'est fondé sur un texte de Paul (L. 27, § 2, *De pactis*) où ce jurisconsulte suppose qu'un pacte de rétablissement a suivi un pacte *de non petendo* et s'exprime ensuite ainsi : « *Prius pactum per poteri-us elidetur : non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur ; et ideo replacatione acceptio elidetur.* » « Si le pacte éteignait l'obligation naturelle *ipso jure*, dit Molitor (2), il est évident qu'une promesse faite par simple pacte devrait s'éteindre *ipso jure* par le pacte contraire, or la loi 27, § 2, dit en termes remarquables qu'il ne peut en être ainsi. » Tou-

1. Massol. *Oblig. natur. en dr. rom. et en dr. fr.*, p. 89.

2. Molitor, *Oblig. en dr. rom.* T. II, p. 394, n° 958 et suiv.

tefois, le même Molitor fait un essai de conciliation entre les textes de Papinien et de Paul. Il s'agirait dans la loi 95, § 4 ci-dessus, d'une extinction de l'obligation naturelle en équité seulement, *ipso jure æquitatis*; le jurisconsulte aurait laissé entière la question de savoir s'il ne sera pas nécessaire de recourir ensuite à un moyen prétorien.

Il n'y a rien en droit romain, répondrons-nous avec M. Machelard (1) de plus opposé que ces deux appellations : *ipsum jus* d'une part, *æquitas* de l'autre. Papinien connaissait trop à fond la langue juridique pour pouvoir faire cette étrange association : *ipsum jus æquitatis*. Les mots *ipso jure* ne peuvent être mis en opposition qu'avec ces autres mots *exceptionis ope*. Partout où un mode de dissolution opère *ipso jure*, l'exception est inutile le secours du préteur est vain. Du reste, le pacte étant mis dans la loi 95 sur la même ligne que le paiement, il est clair que Papinien lui accorde la même puissance. La conciliation que prétend faire Molitor entre les deux textes de Papinien et de Paul est fausse parce que le point de départ est faux. Que prétend Molitor ? qu'une obligation naturelle ne peut être éteinte *ipso jure* par simple convention, parce que dans le cas prévu par Paul où un pacte de rétablissement a suivi un pacte *de non petendo*, le créancier est obligé de se servir d'une *replicatio* pour triompher de l'exception tirée du premier pacte que lui oppose le débiteur. Cela revient à dire que le premier pacte *de non petendo* a engendré une obligation naturelle

1. Machelard, *Oblig. natur.* p. 41.

à la charge du demandeur qui n'est pas éteinte *ipso jure* par le second pacte *ut peteretur*, puisque le créancier a besoin de se servir d'une exception (qu'on appelle ici *re-plicatio*) pour l'opposer au débiteur établissant qu'il y a eu un pacte *de non petendo* par lequel le créancier s'est obligé naturellement à ne pas le poursuivre.

Ce raisonnement est inexact. On ne peut qualifier d'*obligation* la situation du créancier qui a renoncé à poursuivre : « Un créancier ne s'oblige pas à ne pas demander. Une telle formule n'est pas juridique. Sans doute, il y a des obligations qui consistent à ne pas faire, mais il n'y a véritablement obligation qu'autant que ce dont on doit s'abstenir est une chose que l'on pourrait faire d'après le droit commun, par exemple, ne pas acheter tel objet ; s'il s'agit, au contraire, de rentrer dans le droit commun, suivant lequel nul ne doit rien à personne ; s'il s'agit de sortir de la position exceptionnelle qui est l'état de créancier, il est faux de voir là une obligation ; sinon on devra dire que tous les créanciers qui font remise de ce qui leur est dû contractent des dettes. » (1)

Nous constatons maintenant que rien ne s'oppose à l'interprétation du texte de Papinien telle que nous l'avons donnée, puisque la contradiction entre les lois 95, § 4. *De solut.* et 27, § 2. *De pactis* n'est qu'apparente. Dans la loi 95, Papinien s'occupe de l'extinction des obligations naturelles par simple pacte ; dans la loi 27, Paul ne s'occupe en aucune façon des obligations naturelles. Il dit que lorsqu'un pacte se présente sous la forme d'une ex-

1. Machelard, *Oblig. natur.*, p. 42.

ception devant le juge, celui-ci n'a qu'un droit c'est de constater si oui ou non le pacte existe, si le fait qui lui a donné naissance s'est réellement produit. Tout cela est contenu dans ces mots : *In pactis factum versatur*. Il y a eu un deuxième pacte *ut peteretur* qui a suivi un premier pacte *ne peteretur* ; le créancier poursuit, le débiteur oppose l'exception *pacti conventi* et le juge constate qu'il y a eu, en effet, un pacte de remise. Si ce fait seul était prouvé, le créancier perdrait son procès bien qu'il soit intervenu postérieurement un deuxième pacte pour effacer le premier, car le juge n'a qu'à se prononcer sur l'*existence* de tel ou tel fait allégué. Paul dit donc avec raison que le demandeur doit avoir soin de faire autoriser le juge à prendre en considération le deuxième pacte au moyen de l'addition d'une troisième question qui prend le nom de réplique : *Si non postea convenerit ut eam pecuniam petere liceret*.

Il ne faudrait pas conclure de la loi 95, § 4. *De solut.* que tout pacte de remise fait disparaître *ipso jure* l'obligation naturelle. Ainsi que nous le verrons plus loin dans l'étude du pacte *de non petendo*, les effets de ce pacte sont subordonnés à ce qu'ont voulu faire les parties. Il est donc parfaitement possible que le créancier concède un pacte de remise au pupille obligé naturellement, en se réservant le droit de poursuivre le fidéjusseur qui garantit l'obligation naturelle du pupille (1). L'obligation naturelle ne s'éteint donc *ipso jure* par la convention, que lorsque les parties sont d'accord pour arriver à ce résultat.

1. Sic, M. Ortolan, t. III, n° 1709.

CHAPITRE IV

DU RÔLE DU CONSENTEMENT MUTUEL DANS L'EXTINCTION DES PACTES PRÉTORIENS ET LÉGITIMES

Certains pactes ont été munis d'action soit par le droit prétorien, soit par les constitutions impériales ; le simple consentement qui suffit à leur formation peut-il aussi servir à les dissoudre ? Et de quelle manière ? Il nous semble que la distinction que nous venons de faire à la fin du chapitre précédent au sujet des obligations naturelles, retrouve sa place ici. Les parties ont-elles entendu faire une convention exactement inverse de celle qui avait créé le pacte prétorien ou légitime, pourquoi une telle convention, en règle générale et sauf distinctions ultérieures, n'opérerait-elle pas *ipso jure* ? Elle est absolument licite, elle est exempte de dol, ne blesse ni les lois, ni les mœurs. On ne voit pas pourquoi on lui refuserait un effet. Pourquoi n'appliquerait-on pas la règle générale : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* ? « En matière de conventions, dit M. Bodin (1), la volonté des parties ne fait-elle pas loi, toutes les fois qu'elles n'est contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs ? »

1. *Revue. hist. de dr. fr.* T. XII ; Des effets du pacte de constitut.

A l'égard des pactes légitimes, il y a un texte de Paul qui semble tout à fait concluant : *Legitima conventio est quæ lege aliqua confirmatur : et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adjuvatur* (L. 6, *De pactis*). M. Ortolan n'hésite pas à reconnaître que Paul accorde dans cette loi un effet extinctif *ipso jure* à la convention qui a pour but d'anéantir un pacte légitime (1). Il faut évidemment supposer qu'il n'y a aucune exécution du pacte légitime, car, ainsi que nous l'avons déjà remarqué à propos des contrats consensuels, le simple pacte de dissolution est impuissant devant des faits accomplis,

En ce qui concerne les pactes prétoriens, nous concédons que, en matière hypothécaire par exemple, les textes parlent presque tous de l'*exception* qu'a le débiteur pour repousser la demande du créancier quand celui-ci a renoncé à se prévaloir de l'hypothèque (2). On pourrait donc être tenté de croire que par l'effet d'un pacte de renonciation, l'action quasi-servienne n'est jamais anéantie *ipso jure*, mais est seulement paralysée *exceptionis ope*. Il faut se garder d'une confusion et voir de quelle exception parlent les textes. Prenons par exemple, la loi 12 au Code, *De remissione pignoris* (VIII, 26). Elle reconnaît à l'acheteur d'un fonds hypothéqué, lorsque le créancier hypothécaire a consenti à la vente et renoncé par suite à son hypothèque, le droit d'opposer une excep-

1. Ortolan, III, n° 1708 *in fine*.

2. V. entre autres, la loi 8 au Digeste §§ 4 et 17, *Quib. mod. pign.* XX, 6, et la loi 2, C. VIII, 26.

tion à l'action *in rem* de celui-ci. Mais de quelle exception s'agit-il ? D'une exception de dol puisqu'aucune convention n'est intervenue entre le créancier hypothécaire et le tiers acquéreur. Quant à la *remissio pignoris* tirée de ce fait que le créancier a consenti à la vente du fonds hypothéqué, M. Jourdan (1) voit avec raison dans toute renonciation, expresse ou tacite, du créancier, à son hypothèque, non un acte unilatéral émanant du seul créancier, mais un concours de volontés : *obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur*. Dans l'hypothèse de la loi 2 au Code qui se termine par cette maxime dont la portée générale semble bien confirmer notre doctrine, entre quelles personnes existe le concours de volontés qui donne lieu à la *remissio pignoris* ? Entre les parties qui ont fait la convention d'hypothèque c'est-à-dire entre le créancier et le débiteur qui vend le fonds hypothéqué. Mais puisque ce concours de volontés est tacite, quoi de plus naturel que de l'interpréter restrictivement, de n'y voir qu'un pacte *de non petendo* ordinaire qui s'induit, ainsi que nous le verrons, d'une foule de circonstances analogues à celle que prévoit la loi 2 en question.

Les empereurs Sévère et Antonin n'ont pas prévu la convention par laquelle le créancier hypothécaire abandonnerait expressément son droit d'hypothèque, s'entendrait avec le débiteur pour l'anéantissement de ce droit on ne peut donc pour l'interpréter, s'appuyer sur la loi 2 au Code *De remiss. pign.* (2).

1. Jourdan, *hypoth.* Section VIII, p. 664.

2. Nous devons dire que cette convention a dû être beaucoup moins pratique que les cas de renonciation tacite du créancier

En résumé, nous nous appuyons sur un texte de Paul, la loi 6 *De pactis*, sur l'interprétation qu'en donne un éminent auteur, M. Ortolan, sur les principes d'équité qui dominant toute la matière des pactes, pour admettre l'efficacité d'une convention qui tend à éteindre *ipso jure* un pacte légitime et par analogie un pacte prétorien. Toutefois à l'égard des pactes prétoriens, il faut distinguer. Est-ce d'un pacte d'hypothèque ou de constitut qu'il s'agit ? Ils peuvent être détruits *ipso jure* par un pacte contraire. Quant au pacte de serment, il n'est protégé par le préteur, c'est-à-dire muni d'action, que lorsque le serment a eu lieu. A ce moment, il est évidemment trop tard pour anéantir *ipso jure* la convention à la suite de laquelle est intervenu le serment, car les effets du serment sont comparables à ceux du jugement ; quelquefois même l'autorité de celui-ci est dépassée par la force de celui-là (Paul, L. 2 *De jurej.* XII, 2).

« Les pactes confirmés (*pactu vestita* d'après la terminologie moderne), dit M. Van Wetter (1), comprennent les pactes prétoriens et les pactes légitimes. Les pactes confirmés sont en réalité des contrats consensuels ; le seul consentement des parties y suffit à la perfection de la convention. Néanmoins les sources refusent d'une façon jalouse à ces conventions le nom de contrat ; pas une seule fois elles ne sont appelées contrats consensuels.

à son hypothèque, dont devaient parler les textes vu la fréquence des actes passés entre le débiteur et un tiers, notamment un tiers acquéreur, desquels actes la renonciation pouvait s'induire si le créancier ne s'opposait pas à ces actes.

1. Van Wetter, T. II, p. 49.

C'est que pour les pactes prétoriens, leur reconnaissance n'était pas due au droit civil, et les pactes légitimes apparurent à une époque où la théorie des contrats était définitivement fixée dans les écrits des jurisconsultes classiques ; on ne voulut plus la modifier en y faisant entrer de nouvelles espèces. Puisqu'en réalité, les pactes prétoriens et légitimes sont des contrats consensuels, nous tirons de la doctrine de Van Wetter, qui est exacte, un argument très fort : puisque les contrats consensuels sont dissous par le mutuel dissentiment, pourquoi n'en serait-il pas de même de ces autres contrats consensuels, les pactes prétoriens et légitimes ? Peu importe l'étiquette du pacte de dissolution : *contrarius consensus*, pacte de remise réciproque, puisque les effets sont les mêmes.

DEUXIEME PARTIE

De l'Extinction des Obligations *EXCEPTIONIS OPE* par simple pacte.

DU PACTE *de non petendo*.

Hors les cas que nous avons précédemment étudiés, chaque fois que le créancier et le débiteur sont d'accord pour éteindre une obligation, sans recourir à des formes solennelles, leur pacte, connu sous le nom de pacte *de non petendo*, a pour résultat l'impuissance de l'action du créancier, non pas que cette action meure irrémédiablement, mais elle est paralysée par l'exception *pacti conventi* que le prêteur accordera au débiteur, si le créancier est tenté d'agir en justice. Malgré la différence qu'il y a entre la perte totale du droit et ce cas, les textes et les commentateurs disent qu'il y a *extinction* de l'obligation après la conclusion d'un pacte *de non petendo*, seulement cette extinction a lieu *exceptionis ope* et, au sens absolu du mot, quand le créancier a agi en justice et a été repoussé, car c'est un principe de droit qu'on ne porte pas deux fois la même demande devant le juge. Nous savons que, lorsqu'il y a extinction *ipso jure*

d'une obligation, il y a vraiment anéantissement du droit, indépendamment de toute demande en justice.

Il est presque inutile d'indiquer que nous sommes ici tout-à-fait en dehors du domaine de la règle : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*.

Le pacte de *non petendo* est donc une convention non revêtue de formes, par laquelle le créancier fait remise au débiteur de son obligation, soit totalement, soit en partie, ou lui accorde un terme pour se libérer.

Ainsi que nous l'avons annoncé dans les *Notions générales*, nous n'avons à nous occuper ici que du pacte de *non petendo*, dont l'effet est la pleine remise de l'obligation du débiteur. Du reste, le pacte *ne petatur* et le pacte de *non petendo intra tempus* sont gouvernés par les mêmes règles et l'on a toujours en vue le pacte que nous allons étudier, quand on parle, sans plus de précision, du pacte de *non petendo*.

Pour bien caractériser le pacte de *non petendo*, il faut l'étudier par comparaison avec l'acceptilation, son utilité pratique étant de même nature. C'est ainsi que comme elle, il peut être fait à titre purement gratuit, ou bien à titre onéreux, par exemple, s'il sert de base à une transaction. Le but de la transaction est d'éteindre un droit actuel douteux pour le remplacer par un droit moindre, mais certain. Pour éteindre le droit douteux et pour créer le droit nouveau, les parties ont le choix entre différents moyens. Supposons qu'elles ne se soient servi que du pacte de *non petendo*. La remise du droit douteux n'ayant fait l'objet que d'un simple pacte, l'ancienne prétention du créancier subsiste, comme il n'a pas d'action pour obtenir le droit

nouveau, qui lui aussi ne sort que d'une simple convention, le créancier mettra le défendeur, son débiteur du droit litigieux, dans la nécessité de prendre un des partis suivants : ou bien ne pas tenir compte de la transaction et plaider comme si elle n'avait pas eu lieu, ou opposer l'exception *pacti conventi*, à sa demande, exception tirée du premier pacte *de non petendo* sur le droit litigieux, à laquelle le demandeur répliquera par celle tirée du deuxième pacte, et grâce à cette *replicatio doli mali*, obtiendra une condamnation égale au bénéfice que lui aurait procuré la transaction exécutée. (LL. 28 et 36, C. *De trans.* II. 1).

Le pacte *de non petendo* se distingue de l'acceptilation à trois points de vue fondamentaux, qui feront l'objet de trois chapitres (1).

1. C'est uniquement à cause de l'absence de formes exigées par le droit civil, que le pacte *de non petendo* n'éteint pas *ipso jure* l'obligation, et non pas comme l'enseigne M. de Vangerow, (*Lehrbuch der Pandekten*, § 621) parce le pacte de remise créerait pour le débiteur un droit parallèle à celui du créancier s'exerçant en sens inverse. L'opinion de M. de Vangerow est contredite par les textes (Inst. IV, 13, 3; Gaius C. IV, § 116; L. 3. § 1 D. XIII, 5). Nous l'avons réfutée précédemment, avec M. Machelard, dans le chapitre III de notre *Première Partie*, en montrant que le pacte *de non petendo*, ne créait pas l'obligation naturelle pour le créancier de ne pas poursuivre le débiteur ; comme cette obligation ne peut être civile, et qu'il n'y a pas une troisième classe d'obligations, quelle serait-elle donc?

CHAPITRE I

CONDITIONS DE FORME

L'acceptilation nécessite des paroles solennelles. Le débiteur demande au créancier : *Quod tibi spopondi acceptumne habeas?* Et le créancier répond : *Habeo acceptum*.

Le pacte *de non petendo*, au contraire, n'exige aucune formalité. Il existe par le seul consentement des parties. Il peut donc être fait par lettre, par un *nuncius*; même il peut être tacite et s'induire de l'abandon que fait le créancier au débiteur de l'écrit (*cautio*) qui constatait l'obligation (L. 2 *pr.* et § 1, *De pactis*). L'emploi d'une langue étrangère est également facultatif.

De cette première différence entre l'acceptilation et le pacte *de non petendo* découlent de nombreuses conséquences :

1° Le pacte *de non petendo* s'adapte à toute espèce d'obligations puisqu'il est dénué de formes. L'acceptilation, au contraire, dans le principe du moins, n'éteint que les obligations *verbis* et cela par application de la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*, dont le fonctionnement est impossible dans la matière du pacte *de non petendo*.

2° L'acceptilation exige la présence des parties puisqu'elles doivent prononcer des paroles solennelles. Pour

les muets et les sourds aussi bien que pour les absents, l'emploi de l'acceptilation était impossible. Toutes ces personnes, au contraire, pouvaient figurer dans un pacte *de non petendo*.

Il faut noter cependant qu'on trouva le moyen de rendre indirectement les effets de l'acceptilation possibles à l'égard des absents, des sourds et des muets. C'est Ulpien qui nous l'indique dans la loi 13, § 10, *De acceptilationone* (XLVI, 4). En cas d'absence du débiteur, le créancier pouvait stipuler d'une tierce personne ce qui lui était dû et éteindre ensuite la dette *acceptilationone*. De même si le créancier qui voulait libérer le débiteur était muet, il pouvait lui faire faire une novation par changement de créancier pour rendre l'acceptilation possible. Le procédé inverse (novation par changement de débiteur) pouvait être employé si le débiteur était muet ou sourd.

3° L'acceptilation appartenait au droit civil. Elle fut donc réservée aux citoyens romains, tant que la stipulation resta interdite aux pérégrins. Ceux-ci purent toujours faire un pacte *de non petendo*; ce pacte en effet appartenait au *jus gentium*.

4° L'acceptilation figurait au nombre des actes appelés *actus legitimi* qui ne comportaient ni terme ni condition exprès (L. 4, *De accept.* XLVI, 4). L'apposition d'un terme ou d'une condition eût contredit la formule *habeo acceptum*. Toutefois on pouvait sous-entendre ces modalités. C'est ainsi que l'acceptilation faite *dotis causa* était subordonnée à cette condition tacite: *si nuptiæ sequantur* (L. 77, D. L, 17). Le pacte *de non petendo* pouvait être fait sous une condition expresse, suspensive ou ré-

solutoire; de même il pouvait être affecté d'un terme *à quo* ou *ad quem*.

5° Les personnes qui peuvent figurer dans l'acceptilation sont le débiteur qui fait l'interrogation et le créancier qui fait la réponse. Le pacte *de non petendo* n'exige pas l'intervention personnelle du créancier et du débiteur. Il peut donc être l'œuvre de personnes ayant pouvoir d'agir en leur nom. Mais il faut que ces personnes ne dépassent pas la limite de leurs pouvoirs.

Le tuteur et le curateur ne peuvent figurer dans une acceptilation quand il s'agit d'éteindre par ce mode, une dette du pupille, du fou ou du prodigue, ou de consentir à la libération de ces personnes, parce qu'ils ne sont pas débiteurs personnels du créancier, ni créanciers personnels du débiteur et que la représentation n'est pas admise en droit romain. Pour arriver au résultat qu'aurait produit l'acceptilation, il fallait recourir à la novation (L. 13 § 10, XLVI, 4). Il faut ajouter, que même en novant, le tuteur ne pouvait disposer de la créance de son pupille que si l'opération était avantageuse. Si le tuteur a capacité pour les actes qui augmentent la fortune du pupille, il n'a aucune capacité pour ceux qui la diminuent. Il lui, est donc impossible d'aliéner une créance de son pupille à titre gratuit. Même solution pour le curateur.

Un pacte *de non petendo* où le tuteur disposerait à titre gratuit de la créance de son pupille, lui serait évidemment interdit. Mais un pacte de remise qui lui est consenti pour profiter ensuite au pupille est absolument licite. Notons que la représentation n'étant pas admise, le pupille se prévaudra plus tard d'un tel pacte

non par l'exception *pacti conventi* mais par l'exception *doli mali* (L. 10 § 2. *De pactis*). Le tuteur peut jouer aussi le rôle de créancier dans un pacte *de non petendo*, si cet acte n'équivaut pas à un abandon pur et simple de la créance de son pupille, si ce dernier doit recevoir un équivalent appréciable. Mêmes décisions s'il s'agit d'un fou ou d'un prodigue.

Le curateur de ces personnes, d'après la loi 28 § 1, *De pactis*, ne figurerait valablement dans le pacte *de non petendo* que pour recevoir la remise non pour la faire. Mais ce texte n'a trait bien certainement qu'au pacte gratuit. Puisque le curateur peut éteindre par novation la créance de la personne en curatelle, puisqu'il peut transiger, à la condition que la transaction porte sur une difficulté vraiment sérieuse, pourquoi lui refuserait-on de se servir du pacte *de non petendo*, quand la personne en curatelle doit en tirer quelque utilité.

Que décider à l'égard des personnes *alieni juris* ?

Elles obtiennent très valablement la concession d'un pacte *de non petendo*. Les obligations civiles qu'a pu contracter personnellement le fils de famille sont ainsi éteintes *exceptionis ope* ; quant aux obligations qui sont à la charge personnelle de l'esclave, elles disparaissent *ipso jure* ; car elles ne peuvent être que naturelles et ainsi que nous l'avons vu, le pacte *de non petendo* peut dissoudre *ipso jure* cette sorte d'obligations, si telle est l'intention des parties (L. 95, § 4, *De solut.*). Le plus souvent, le pacte *de non petendo* sera consenti au fils de famille ou à l'esclave par le créancier du *paterfamilias* ou du *dominus*. Cette conven-

tion sera-t-elle valable ? Assurément ; car les personnes *alieni juris* ont toujours qualité pour améliorer la condition de la personne qui les a en sa puissance (L. 17, § 7, LL. 18, 19, 20, 59, *De pactis*). A ce point de vue, l'acceptilation peut être assimilée au pacte *de non petendo*, même au cas où ce serait l'esclave qui aurait fait la promesse dont il reçoit ensuite l'acceptilation. Mais une difficulté se présente. Puisque les promesses d'esclaves n'ont d'autre valeur que celle d'une obligation naturelle, il semble que l'acceptilation ne puisse pas s'y appliquer ? Nous répondons avec M. Accarias (1) que l'acceptilation relative à la promesse d'un esclave vaut comme simple pacte *de non petendo* ; elle est donc suffisante pour libérer l'esclave et par contre-coup le *dominus*.

Les personnes *alieni juris* ne peuvent pas accorder une acceptilation au débiteur du *paterfamilias* ou du *dominus*, même sur l'ordre qu'ils ont reçu : *Servus, nec jussu domini acceptum facere potest* (L. 22, *De acceptil.*, XLVI, 4). Le fils de famille et l'esclave sont incapables, en effet, de rendre pire la condition de la personne sous la puissance de laquelle ils sont placés. Mais tandis que l'esclave ne peut jamais être titulaire d'une créance, le fils de famille peut être créancier pour son propre compte. Il peut être propriétaire d'un *peculium castrense*. Comme tel, il peut faire remise d'une dette à son débiteur, soit par acceptilation, soit par pacte *de non petendo*.

Les fils de famille qui n'ont pas de pécule *castrense*, ne peuvent acquérir que pour leur père. Si une injure a été

1. T. II, n° 706, note 1.

adressée à un fils de famille, elle l'atteint lui-même et réfléchit contre son père, de sorte que deux actions d'injures naissent, l'une du chef du fils, l'autre du chef du père, mais c'est le père qui dispose de toutes les deux, puisqu'il profite des acquisitions réalisées par son fils (Inst. IV, 4, 2). S'il s'agissait au contraire, d'une injure dirigée contre un esclave, aucune action ne pourrait naître de son chef, puisqu'il n'est qu'une simple chose. Le maître n'est pas atteint par l'injure adressée à son esclave, sauf quand cette injure est *atrox* et tend visiblement à l'outrager (Inst. IV, 4, 3). Cette législation fut élargie par le préteur, qui tenant plus de compte de la personnalité de l'esclave, donna au maître l'action d'injures du chef de l'esclave, tantôt sans examen, tantôt après examen (L. 15, §§ 34, 35, 43, 44. *De injur.*, XLVII, 10).

Il nous reste à constater que par un pacte *de non petendo*, les personnes *alieni juris* peuvent disposer de la créance du père de famille. Nous avons vu qu'en matière d'acceptilation, cette capacité n'existait pas au profit des personnes *alieni juris*. Toutefois, il faut de suite établir ici une distinction. Si la créance est née dans la personne du père, l'esclave ou le fils de famille ne peuvent la lui enlever au moyen d'un pacte de remise, que s'ils ont reçu un mandat spécial à cet effet. Si la créance est née en leur personne, si elle fait partie de leur pécule, s'ils ont la libre administration de ce pécule, ils peuvent l'abandonner, par un pacte *de non petendo*, pourvu, dernière condition aussi essentielle que les précédentes, que ce pacte ne contienne pas de libéralité (L. 28, § 2. *De pactis* ; L. 56, § 26. *De furt.*, XLVII, 2).

Le mandataire ne représente pas le mandant en droit romain. Il agit donc en son propre nom et c'est lui seul qui devient créancier ou débiteur. Néanmoins on tient compte de l'intention des parties, car si le mandataire a conclu un pacte *de non petendo* dans les limites de son mandat, avec le créancier du mandant, ce dernier sera protégé en cas de poursuite, par l'exception de dol ; si c'est avec le débiteur du mandant que le pacte de remise a été conclu par le mandataire, le mandant, s'il poursuit, verra de même son action repoussée par une exception de dol. Mais tout mandat donne-t-il au mandataire le droit de conclure un pacte *de non petendo* ? Nous répondons négativement. Que si le mandat donne expressément toute latitude au mandataire, de conclure un pacte de remise, il n'y a aucune difficulté. Mais que décider si le mandant a donné simplement au mandataire l'autorisation d'administrer, sans s'expliquer sur les actes d'administration et sur le pacte *de non petendo* en particulier ? Il est certain que, de même qu'il peut en pareil cas recevoir un paiement, de même le mandataire peut accepter d'un créancier du mandant, la libération de ce dernier au moyen d'un pacte *de non petendo*. Mais il ne peut faire gratuitement, un pacte de remise. Les pouvoirs d'un administrateur, quelque larges qu'ils soient, ne vont jamais jusqu'aux actes d'aliénation à titre gratuit. Mais si le pacte *de non petendo* n'est pas gratuit, si en échange du droit qu'il abandonne, le mandataire reçoit un équivalent, cette remise est parfaitement valable, sans qu'on doive exiger que le mandataire ait reçu une *libera administratio*. Ce dernier point toutefois est controversé, quoi-

que le texte d'Ulpien sur lequel on s'appuie, ne distingue pas (Ulpien, l. 12, *De pactis*).

Disons encore, en terminant ce premier chapitre, que l'acceptilation nulle pour défaut de formes, vaut comme pacte *de non petendo* (L. 8. *pr.* XLVI, 4 et L. 27, § 9, II, 14). Ulpien exige que telle soit la volonté des parties; (L. 8 *pr.* XLVI, 4) mais il est évident que ce sera le cas le plus fréquent, car on comprend difficilement qu'un créancier qui fait une acceptilation, ait entendu qu'elle ne procurerait pas au débiteur les avantages d'un pacte *de non petendo*, si elle est nulle pour vice de formes.

CHAPITRE II

EFFETS

Tandis que l'acceptilation détruit l'obligation *ipso jure*, le pacte de *non petendo* l'éteint *exceptionis ope*. On a dit qu'il y avait des cas où le pacte de *non petendo* opérait *ipso jure*; ces cas seraient précisément ceux que nous avons examinés dans notre *Première Partie*. Il nous semble que ce langage est exact dans la matière des actions *furti et injuriarum*, et des obligations naturelles, mais non à l'égard du *contrarius consensus*. Il nous paraît qu'il y a autre chose qu'un pacte de *non petendo* même privilégié, dans le mutuel dissentiment. Le pacte de *non petendo* ne produit qu'une libération et cela grâce au droit *prétorien*; tandis que le *contrarius consensus* a un double rôle, en droit *civil*; il délie tout à la fois le créancier et le débiteur; et la plupart du temps, ce rôle n'est pas simplement extinctif, il crée après avoir détruit, comme si les parties s'accordent, une fois la vente faite (et *re integra*) à changer la chose vendue. En pareil cas, le *mutuus dissensus* contient outre une convention libératoire, un nouveau contrat consensuel (1).

De ce que le pacte de *non petendo* n'éteint l'obligation

1. V° *Accarias*, t. II, n° 645, note 2. (3° édit.)

qu'*exceptionis ope*, nous tirons trois conséquences principales :

I. — L'obligation peut recouvrer toute son énergie par l'effet d'un pacte ultérieur. L'exception *pacti conventi* se trouvera à son tour neutralisée par une réplique ; la règle *ex pacto actio non nascitur* ne se trouve pas violée, car c'est l'action primitive du créancier qui est mise en mouvement, action qui était plutôt paralysée qu'éteinte (L. 27, § 2 *De pactis*). Au contraire, l'acceptilation en éteignant l'obligation *ipso jure* le fait définitivement et irrévocablement de sorte que l'obligation détruite ne saurait revivre.

Dans le cas d'une acceptilation, si le créancier inquiète le débiteur, il peut se voir opposer, en tout état de cause, le moyen de défense absolu que le défendeur tirera contre lui de l'acceptilation. S'il n'a été consenti à ce dernier qu'un pacte *de non petendo*, et si l'obligation sur laquelle portait le pacte, était née d'un contrat de droit strict, le débiteur poursuivi doit nécessairement invoquer l'exception devant le magistrat, car si elle n'est pas insérée dans la formule, le juge donnera gain de cause au demandeur.

II. — Tandis qu'une donation faite au moyen d'une acceptilation est parfaite à quelque époque que l'on se place, cela n'est vrai pour le pacte *de non petendo* que dans la législation antérieure à la loi *Cincia*. Si postérieurement à cette loi, la donation s'adresse au moyen d'un pacte de remise à une *persona non excepta* et dépasse le *modus legitimus*, elle reste susceptible d'être révoquée par le donateur, qui par la *replicatio Cinciae* triomphera

de l'exception *pacti conventi* opposée par le donataire à sa demande. Les héritiers du donateur auront le même droit si leur auteur est mort avant d'avoir pu s'en servir. Que s'il est constant que le *de cujus* n'a pas voulu mettre à profit le secours de la loi *Cincia*, et a persisté dans la volonté de maintenir sa libéralité, la *replicatio legis Cinciae* de ses héritiers sera rendue inutile par une *duplicatio doli* du donataire. Cette décision est consacrée par un rescrit de Caracalla (*Frag. Vatic.*, § 266) et Paul y fait allusion, en formulant cette règle trop absolue en la forme : *morte Cincia removetur* (*Fr. Vat.*, § 239).

III. — Fait à titre onéreux, *ob rem*, le pacte *de non petendo* ne peut former un contrat innommé. S'il en était autrement, la règle *ex pacto actio non nascitur* serait évidemment violée. De plus à quoi bon sanctionner le pacte *de non petendo ob rem*, par l'action *præscriptis verbis*? Les effets du pacte ne sont pas irrévocables; ils laissent le créancier encore maître de porter son action en justice. A l'exception *pacti conventi* qui lui sera opposée, le créancier répondra par une *replicatio doli* (L. 28, C. *De transact.*) et il obtiendra en droit un avantage équivalent à celui que lui aurait procuré l'exécution du débiteur.

On objecte à cette doctrine la loi 6, *De transact.* au Code (II, 4); ce texte suppose qu'une personne pouvant agir par la *querela inofficiosi testamenti* y a renoncé par un pacte de remise, en échange de la promesse de tel avantage déterminé. Cette personne meurt avant d'avoir rien reçu. Les héritiers peuvent agir par l'action utile *præscriptis verbis* pour obtenir ce à quoi la personne défunte avait droit en échange de l'abandon qu'elle avait fait par pacte, de la

querela inofficiosi testamenti. S'il en est ainsi, dit-on, que devient la règle en vertu de laquelle un pacte *de non petendo* suivi d'un autre pacte, ne donne en aucun cas naissance à un contrat innommé? Répondons que le droit d'intenter la *querela* s'éteignant définitivement par la mort du *querelans*, la mort de la personne dont il est question au texte, a fait que l'engagement qu'elle avait pris de ne pas intenter la *querela inofficiosi testamenti* est devenu irrévocable; de son côté il y a exécution du pacte *de non petendo*; devant le fait accompli, il est donc juste de donner aux héritiers l'action utile *præscriptis verbis*.

Quant à l'acceptilation faite *ob rem*, on conçoit qu'elle serve de base à un contrat innommé, parce que l'effet qu'elle produit est immédiat, irrévocable. La partie qui s'est engagée à donner ou à faire quelque chose en retour de l'acceptilation qui lui a été consentie, est donc tenue de l'action *præscriptis verbis*, parce que le créancier doit recevoir un équivalent, correspondant à la créance qu'il a perdue par acceptilation, en vue d'un avantage déterminé.

CHAPITRE III

ETENDUE D'APPLICATION.

Le pacte *de non petendo* n'opère pas avec la même énergie que l'acceptilation. L'acceptilation est assimilée à un paiement. Elle éteint donc l'obligation *ipso jure* à l'égard de tous, du ou des créanciers, du ou des débiteurs, principaux et accessoires. L'étendue des effets du pacte *de non petendo* ne peut se déterminer par une aussi simple formule. Il faut pour les apprécier, tenir compte d'une chose unique : l'intention des parties. Qu'ont voulu faire les auteurs du pacte ? C'est là tout ce qu'il faut se demander, mais on comprend aisément que la réponse à une pareille question est d'une bien grande complexité. S'il n'existe qu'un seul créancier et un débiteur unique, les choses se passent bien simplement. Le débiteur à qui le pacte *de non petendo* a été consenti, opposera au créancier, s'il s'avise de le poursuivre, l'exception *pacti conventi*.

Dans la plupart des cas, il y aura dol de la part du créancier à poursuivre le débiteur malgré le pacte de remise ; le débiteur aura donc le droit d'opposer, s'il le préfère, l'exception *doli mali*, qui a cet avantage d'être générale et de permettre au juge de tenir compte d'un élément quelconque de mauvaise foi, se produisant même

après la *litis contestatio*, pourvu qu'il se rapporte au litige. L'exception de dol, toutefois, ne pourra pas être invoquée contre une personne à laquelle le défendeur doit la *reverentia* (L. 4, § 16, *De dol. mal. et met. except.* XLIV, 4). Il y a d'autres cas, au contraire, où le défendeur ne pourra se servir que de l'exception *doli mali* et non de l'exception *pacti conventi*. Le mandant, l'héritier, le pupille etc. ne peuvent opposer l'exception *pacti conventi* au créancier qui a consenti un pacte *de non petendo* au mandataire, au *de cuius*, au tuteur, parce qu'il n'y a eu convention qu'entre ces dernières personnes et le créancier. Si nous supposons que le créancier soit une personne à laquelle le mandant par exemple, doive la *reverentia*, ce dernier n'a ni l'exception *pacti conventi*, ni l'exception de dol. Quel sera donc son moyen de défense? Une exception *in factum* que lui donnera le prêteur (L. 4, § 16, XLIV, 4).

Il existe plusieurs débiteurs ou plusieurs créanciers. Quelle est en pareil cas, l'étendue d'application du pacte *de non petendo*? Qui peut s'en prévaloir? A qui l'exception peut-elle être opposée? Avant d'aborder ce point intéressant de notre étude, rappelons que le pacte *de non petendo* pouvait être conçu soit *in rem* soit *in personam*.

Le pacte *in rem* est fait en termes généraux, sans désignation de personnes. Le créancier a dit : « *Non petam.* »

Le pacte *in personam* désigne, au contraire, la personne à qui le créancier a voulu remettre la dette : « *A te, Prime, non petam.* » En s'exprimant ainsi, le créancier a

évidemment manifesté l'intention de limiter à *Primus* l'effet de la convention.

Ces définitions données, nous abordons deux séries d'hypothèses exactement déterminées par les deux situations que voici :

1° Il existe un créancier unique et plusieurs débiteurs ;
2° il y a un seul débiteur, mais il existe plusieurs créanciers. Examinons successivement les deux cas.

§ 1. — *Pluralité de débiteurs.*

A. — *Correi Promittendi.*

Nous supposons d'abord qu'il y a plusieurs débiteurs *correi*. Un pacte *in rem* est consenti à l'un d'eux par le créancier. Quel est son effet ? Il faut distinguer si les *correi promittendi* sont ou non *socii*.

Dans le cas de société, le pacte de remise profite à tous parce que le débiteur qui obtient un pacte *in rem* est censé représenter tous les obligés dont la libération l'intéresse personnellement, c'est-à-dire ceux qui auraient un recours contre lui après avoir payé. La solution que nous donnons paraît néanmoins excessive. N'eut-il pas été plus équitable et plus conforme à la volonté des parties de décider que le *correus* à qui le pacte n'a pas été consenti, serait poursuivi jusqu'à concurrence de la part qu'il doit supporter dans la dette ? « Peut-être, dit M. Accarias, décidait-on autrement, en exagérant la portée de la règle

qui fait supporter aux associés, sans exception, les sommes payées par l'un d'eux *ex causa societatis*.

Dans le cas où les *correi promittendi* ne sont pas *socii*, le pacte de *non petendo* conçu *in rem* ne profite qu'à celui qui l'a reçu, car il n'est pas exposé au recours de ses codébiteurs par l'action *pro socio* puisqu'il n'y a pas société entre eux. « *In his, qui ejusdem pecuniæ exactionem habent in solidum, vel qui ejusdem pecuniæ debitores sunt, quatenus alii quoque prosit vel noceat pacti exceptio quæritur : et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse ejus qui paciscebatur interfuit....* » (Paul, L. 21, § 5, *De pactis*). Cependant s'il était établi qu'en faisant un pacte de *non petendo in rem*, le créancier a entendu qu'il profiterait à tous les *correi promittendi non socii*, ils pourraient tous se prévaloir avec succès de ce pacte, par l'exception de dol, car comme nous l'avons dit, et comme nous ne saurions trop le répéter, les effets du pacte de *non petendo* sont ceux que les parties ont voulu y attacher.

Si le pacte de *non petendo* est *in personam*, il ne profite qu'à celui des débiteurs *socii* ou *non socii*, auquel il a été accordé.

S'il y a société entre eux, le pacte de *non petendo in personam* n'engendre qu'un mince profit à l'égard de celui à qui il a été consenti. Il consistera simplement à épargner à ce débiteur de faire l'avance de toute la dette et à lui donner la certitude qu'il ne sera pas poursuivi le premier.

Ulpien, dans la loi 3, § 3. *De liberatione legata* (XXXIV, 3) nous fait voir le fonctionnement du pacte de *non pe-*

tendo lorsqu'il s'agit d'exécuter un legs de libération. Le jurisconsulte rappelle d'abord que le débiteur unique à qui a été fait un legs de libération, possède l'exception de dol pour repousser la demande du créancier ; qu'en cas d'inaction de ce dernier, pour ne pas rester perpétuellement sous la menace d'une poursuite, le légataire a le droit d'agir *ex testamento* et de se faire consentir une acceptilation. Puis Ulpien suppose qu'il existe deux *correi promittendi non socii* et qu'un legs de libération a été fait à l'un d'eux, *Primus*, par le testateur qui n'a pas voulu gratifier l'autre. *Primus* ne pourra demander à l'héritier une acceptilation parce que la créance serait entièrement détruite et que *Primus* seul doit être libéré. L'héritier lui consentira donc un pacte de remise. Mais alors, peut-on objecter, *Primus* ne va pas être plus protégé que s'il n'était armé que de l'exception de dol sans pouvoir agir *ex testamento* ? Il faut répondre que l'héritier en consentant au débiteur, qu'a voulu libérer le *de cujus*, un pacte de remise, reconnaît par là la validité du legs de libération, met, dans l'hypothèse, la libération de *Primus* à l'abri de toute contestation.

Lorsqu'il y a société entre les *correi promittendi*, Ulpien d'accord avec Julien dont il cite une décision, dit que le *correus* légataire a le droit d'exiger sa libération par voie d'acceptilation ; un pacte *de non petendo* laisserait subsister toute la dette contre le *correus* non légataire, qui, ayant payé, recourrait contre le légataire par l'action *pro socio* et lui ferait rembourser la moitié de la dette, résultat contraire à l'intention du testateur qui lui a légué toute la libération. Il résulte de cette décision une

différence remarquable entre le legs de libération et le pacte *de non petendo in personam* faits à un *correus promittendi*. Le pacte de remise ne procure aucun avantage aux *correi socii* qui n'ont pas obtenu la remise, tandis que par l'effet d'un legs de libération adressé à un seul d'entre eux, tous sont libérés par l'acceptilation que le légataire est en droit d'exiger. Quelle est la raison de cette différence ? On a dit que : *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (L. 12 *De reg. jur.*.) Cette raison n'est guère concluante. Quel est le seul *criterium* dont on ait à tenir compte ? L'intention du testateur. Qu'a-t-il voulu ? Faire bénéficier une seule personne du legs de libération et voilà que contre son gré, tous les débiteurs *correi socii* sont libérés. On objecte que le testateur a dû s'attendre à ce résultat puisqu'il n'a pas pris un moyen plus efficace de l'empêcher. Est-ce bien vrai dans la plupart des cas ? Les connaissances juridiques de tous les Romains qui testaient, allaient-elles si loin ? Il y aurait eu un procédé bien simple pour concilier les intentions du *de cuius* avec les intérêts du légataire et ceux de l'héritier, lésé dans notre hypothèse, par la perte de sa créance tout entière : c'eût été de décider que l'héritier ferait acceptilation pour moitié (nous supposons deux *correi promittendi*) au *correus* légataire et lui consentirait un simple pacte pour l'autre moitié. Le légataire *correus* aurait ainsi obtenu toute sa part. Quant à l'autre *correus* il n'aurait pu être poursuivi que pour moitié et n'aurait pas eu de recours contre le *correus* légataire puisqu'il n'aurait payé que ce dont il était tenu. Que si l'on objecte qu'à une certaine époque l'acceptilation ne pouvait

intervenir pour une partie seulement de la dette nous répondrons que l'héritier eût pu consentir un pacte *de non petendo* pour le tout au *correus* légataire sans pouvoir exiger ensuite des autres *correi* plus de leur part dans la dette. Sans doute on l'eût ainsi privé des avantages de la corréalité, mais cela eût mieux valu que de lui faire perdre la totalité de la créance.

B. — Débiteur principal et débiteurs accessoires.

a. — Lorsqu'un pacte *de non petendo in rem.* est consenti au débiteur principal, il profite à tous les débiteurs accessoires : fidéjusseurs, personnes qui ont fourni un gage, une hypothèque, *mandatores pecuniæ credendæ*. Le débiteur principal est intéressé à ce que le pacte *de non petendo*, qui lui est consenti, profite aux débiteurs accessoires, car s'ils payaient ils auraient un recours contre lui et il perdrait le bénéfice du pacte.

Il y a toutefois des exceptions à cette règle. La loi 22, *De pactis*, dit que si l'intention des parties a été que le pacte de remise ne profitât qu'au débiteur principal seul, le fidéjusseur ne pourra se prévaloir de l'exception tirée du pacte. Si le fidéjusseur est poursuivi, il devra donc payer, résultat inique, a-t-on dit, car le fidéjusseur, quand il paie, a le droit d'exiger du créancier la cession des actions qui compètent à ce dernier ; or dans le cas que suppose la loi 22, le fidéjusseur est privé du bénéfice *cedendarum actionum*, puisque l'action du créancier serait paralysée dans ses mains par l'exception *pacti con-*

venti comme entre les mains du créancier lui-même. On oublie que si le créancier est obligé de céder ses actions, il n'est pas tenu de les conserver au fidéjusseur. Du reste ce dernier, après avoir payé, agira contre le débiteur par l'action *mandati*, qui sera quelquefois plus avantageuse pour lui que ne l'était l'action du créancier, car elle est de bonne foi et peut procurer au demandeur, outre le remboursement de ce qu'il a avancé, les intérêts et autres indemnités (1). De sorte qu'en définitive le pacte *de non petendo*, qui avait cette utilité peu considérable d'épargner la première poursuite au débiteur principal, pourra quelquefois aboutir à rendre sa condition pire, si l'action récursoire du fidéjusseur qui a payé est plus dure que l'action éteinte par le pacte.

Si, au lieu d'un fidéjusseur, la loi 22 avait parlé d'un *mandator pecuniæ credendæ*, sa solution n'eût pas été la même. Le pacte de remise accordé au débiteur principal, profite dans tous les cas au *mandator pecuniæ credendæ*, car si ce dernier est poursuivi, il a le droit de demander compte au créancier de l'action qu'il possédait. Ici le créancier est obligé de la lui transmettre. Comme il ne peut le faire efficacement, le *mandator pecuniæ credendæ* sera fondé à refuser le paiement (L. 95, § 11, *De solut.*).

On a relevé 3 cas où le débiteur n'est pas intéressé à ce que le pacte *de non petendo* soit profitable au fidéjus-

1. Cette doctrine cesse d'être vraie dans la législation de Justinien (nouvelle IV). La remise ne peut plus être personnelle au débiteur principal, car le fidéjusseur a le droit de faire discuter les biens de celui qu'il a cautionné avant d'effectuer le paiement.

seur et où par conséquent, ce dernier n'est pas admis à opposer l'exception de dol, au créancier le poursuivant.

1° Le fidéjusseur s'est engagé à l'insu du débiteur ; il y a alors gestion d'affaires. Devait-on lui donner une action *negotiorum gestorum contraria* ? Si oui, on devait lui permettre d'invoquer le pacte *de non petendo* consenti au débiteur principal. C'est ce qu'on dut légitimement décider quand la gestion d'affaires avait été profitable au débiteur. Que si le fidéjusseur s'était engagé contre le gré du débiteur principal, on lui refusait l'action née de la gestion d'affaires ; partant il n'avait pas le droit de se prévaloir de l'exception tirée du pacte, ce qui était sans intérêt pour le débiteur à l'abri de toute action en recours (Paul, L. 40, *Mandati*, XVII, 1).

2° Le deuxième cas est celui d'un fidéjusseur *in rem suam*, qui au fond, est le débiteur principal. Supposons qu'un mandataire ait été chargé d'acheter une maison, le propriétaire veut bien vendre mais il exige un fidéjusseur. Le mandataire présente le mandant comme fidéjusseur. Celui-ci est évidemment un fidéjusseur *in rem suam*. Si plus tard un pacte *de non petendo* est consenti au mandataire, débiteur apparent, a-t-il intérêt à ce que le pacte profite au fidéjusseur qui est son mandant ? Non car dans ses rapports avec ce dernier, il n'est pas débiteur, il est sûr de ne pas supporter définitivement la dette. En conséquence, si le fidéjusseur *in rem suam* est poursuivi en paiement du prix de l'immeuble, il ne pourra se prévaloir du pacte de remise accordé à son mandataire.

3° Le fidéjusseur a voulu gratifier le débiteur. Il s'est porté caution *animo donandi*. Ce cas est sans difficulté. Il n'a ni action en recours, ni le secours du pacte concédé au débiteur principal.

Le fidéjusseur qui cautionne l'obligation naturelle du pupille qui s'est engagé sans *auctoritas tutoris* doit être réputé agir dans une intention de libéralité, car il n'aura pas d'action *mandati* pour recourir contre le pupille quand il se sera acquitté de son obligation. Donc si un pacte *de non petendo in rem* a été concédé au pupille par le créancier, qui a voulu libérer le pupille seul, le fidéjusseur ne pourra s'en prévaloir par l'exception de dol, car le pupille n'est pas intéressé à ce que le pacte de remise profite à sa caution, puisqu'il est à l'abri de l'action récursoire *mandati*. Toutefois si l'obligation n'était naturelle qu'en raison de la forme, le pacte *de non petendo* consenti au débiteur que nous supposons majeur maintenant, libérera aussi le fidéjusseur, sans cela ce dernier agirait par l'action *mandati* contre le débiteur (s'il n'a pas eu l'intention de le gratifier) et lui enlèverait le bénéfice du pacte de remise.

Le débiteur principal, après avoir reçu un pacte *de non petendo*, conclut avec son créancier un pacte de rétablissement. L'effet de ce nouveau pacte est que si la demande est portée en justice, à l'exception *pacti conventi* du défendeur, le demandeur répondra par une *replicatio doli*. Mais quels sont les effets du pacte de rétablissement à l'égard du fidéjusseur qui avait été libéré par le premier pacte de remise concédé au débiteur principal. C'était parmi les jurisconsultes, une question controversée. Paul

(L. 27 § 2. *De pactis*) décidait que par l'effet d'un pacte *ut petatur* annihilant le pacte *ne petatur*, l'ancienne obligation recouvrait toute sa force; comme auparavant, le fidéjusseur se trouvait tenu à côté du débiteur principal. Paul faisait des réserves pour les actions *furti* et *injuriarum*, définitivement éteintes par un pacte de remise, et pour les contrats consensuels; (le texte dit contrats de bonne foi, mais Paul a voulu certainement parler des contrats consensuels; du reste, il prend l'exemple d'une vente). Nous savons en effet que le *contrarius consensus* dissout *ipso jure* les contrats consensuels et que les obligations éteintes ne sauraient revivre par un nouveau pacte.

La doctrine de Paul paraît bien être une conséquence logique du principe que nous avons posé et qui est contenu dans la loi 21, § 5 *De pactis*. Pourquoi avons-nous admis avec Paul que le pacte de remise consenti au débiteur principal profiterait au fidéjusseur? Parce que, autrement, ce dernier, par son recours, empêcherait le débiteur de bénéficier du pacte. Dans l'hypothèse de la loi 27, § 2 cet intérêt n'existe plus; le débiteur s'est engagé de nouveau à payer, que lui importe d'effectuer le paiement entre les mains du créancier ou dans celles du fidéjusseur ayant acquitté la dette?

Furius Anthianus était d'un avis opposé à celui de Paul; son opinion que nous trouvons dans la loi 62, *De pactis* est motivée par ce principe que tout moyen de défense acquis au fidéjusseur par le fait du débiteur principal ne peut ensuite lui être enlevé par celui-ci. Les lois 15 *pr.* et 32 *de fidej.* (XLVI, 1) sont formelles en ce

sens. La doctrine d'Anthianus, qui est celle d'Ulpien et de Julien, les auteurs des deux derniers textes, nous semble plus équitable et plus juridique que celle de Paul. Ce devait être l'opinion généralement admise (1).

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse inverse. Le débiteur principal a conclu un pacte en ces termes avec le créancier : *ne a fidejussore petatur*. Ce qu'ont voulu les parties c'est que le débiteur restât tenu, mais que le fidéjusseur fût libéré. Est-ce ce valable ? Paul admettait l'affirmative, (L. 27. § 1, *De pactis*) et son opinion se justifie parfaitement, car il la restreint au cas où le débiteur a voulu non pas pactiser pour autrui (ce qui était défendu), mais faire quelque chose d'avantageux pour lui-même, éviter le recours du fidéjusseur par l'action *mandati*, au cas où le créancier s'adresserait d'abord à la caution. Nous savons déjà, en effet, que cette action récursoire pouvait être plus nuisible au débiteur principal que l'action du créancier.

b. — Nous abordons maintenant le point de savoir si le pacte *de non petendo in rem* consenti au débiteur accessoire libère le débiteur principal. D'après le principe que nous avons posé, le pacte de remise *in rem* concédé à l'un des débiteurs ne profite aux autres que si son propre intérêt l'exige (Paul, L. 21, § 5, *De pactis*). Le fidéjusseur n'a pas d'intérêt à ce que le débiteur principal bénéficie du pacte *de non petendo* qui lui a été concédé ; donc, en règle générale, le pacte de remise *in rem* accordé à l'un des débiteurs accessoires ne profite pas au débiteur principal

1. *Sed verius est* dit Furius Anthianus dans la loi 62.

(Paul. L. 23, *De pactis*) Mais comme il faut toujours tenir compte de l'intention des parties, s'il est établi que le créancier en consentant le pacte de remise au fidéjusseur a entendu libérer aussi le débiteur principal, celui-ci pourra se prévaloir du pacte *in rem*.

Il n'y a pas d'argument à tirer, contre la règle générale posée dans la loi 23 d'un autre fragment de Paul (L. 28 § 1, *De jure jurando*, XII, 2) où il est dit que le serment prêté par le fidéjusseur, non sur la fidéjussion, mais sur l'existence de la dette principale, peut être invoqué par le débiteur. Les effets du pacte de remise sont différents de ceux produits par le serment. Le serment est assimilé à un paiement. Il éteint la dette à l'égard de tous les débiteurs. Le pacte *de non petendo* n'opère pas avec une force égale; il n'y a donc pas de comparaison à faire entre leurs effets.

Il est évident que si c'est un pacte *in personam* qui a été consenti au fidéjusseur, le débiteur ne peut en aucun cas s'en prévaloir.

C. — Adpromissores seuls.

Ne nous occupons plus du débiteur principal et demandons-nous quel est l'effet d'un pacte de remise accordé à un *adpromissor* vis-à-vis les autres cautions. Tout dépend encore ici de l'intention du créancier. A-t-il voulu que le pacte de remise s'appliquât à toutes les cautions? Tous les *adpromissores* sont libérés. Mais en l'absence d'une manifestation de volonté, il faut dire que les

effets du pacte *de non petendo* sont limités à l'obligation de l'*adpromissor* qui l'a reçu. Les autres *adpromissores* restent donc tenus. Mais il importe de distinguer si ce sont des fidéjusseurs ou des *sponsores* et *fidepromissores*.

Pour les fidéjusseurs, il y a ce texte : «... *imo nec confidejussoribus proderit, neque enim, quoquo modo cujusque interest* (L., 23, *De pactis*). »

La raison de cette décision c'est que le fidéjusseur qui a pactisé n'est pas intéressé à ce que le pacte de remise profite à ces cofidéjusseurs. L'équité peut être blessée d'un tel résultat. Il arrivera qu'un fidéjusseur n'aura cautionné une dette que parce qu'il s'adjoignait à un cofidéjusseur beaucoup plus solvable que le débiteur, contre lequel il pensait exercer en toute sécurité, l'action que le créancier lui aurait cédée après paiement. Or, la cession d'action lui est rendue inefficace par le pacte *de non petendo* consenti par le créancier à son cofidéjusseur. Au cas de *sponsio* ou de *fidepromissio* il n'y avait pas à craindre cette éventualité. Il y avait société entre les *sponsores* ou *fidepromissores*; l'action *pro socio* pouvait être intentée par le *sponsor* qui avait payé plus que sa part. Peu importait donc que la cession d'action fût rendue inutile par un pacte de remise. Aussi un pacte *de non petendo* consenti à un *sponsor* ou à un *fidepromissor* devait nécessairement libérer les autres *sponsores* ou *fidepromissores* car le pactisant avait intérêt à ce que la convention libératoire profitât aux autres, pour éviter leur recours par l'action *pro socio*.

L'empereur Adrien en concédant aux fidéjusseurs le

bénéfice de division, supprima l'inconvénient dont nous avons parlé plus haut.

Désormais, que le créancier ait ou non concédé un pacte *de non petendo* à l'un des fidéjusseurs, chacun des autres ui opposera, en cas de poursuite, le bénéfice de division.

§ 2. — *Pluralité des créanciers.*

A. — *Correi stipulandi.*

De même que les conventions ne profitent pas aux tiers, de même elles ne peuvent leur nuire. Or, c'est ce qui arriverait si un des créanciers consentant un pacte de remise *in rem* au débiteur, celui-ci pouvait repousser par l'exception *doli mali* la demande des autres *correi stipulandi*. Tel est l'avis de Paul (L. 27 *pr. De pactis*) qui cite Neratius, Atilicinus, Proculus et Labéon comme ayant une opinion conforme à la sienne, lorsque les *correi stipulandi* sont *socii*.

Toutefois, si on suivait à la rigueur le principe que les conventions ne nuisent pas aux tiers, qu'arriverait-il ? Il arriverait que contrairement à la foi du pacte, le *correus* qui aurait fait la remise au débiteur pourrait obtenir de ce même débiteur sa part de la créance, puisque le *correus socius* qui aurait poursuivi devrait rendre compte au créancier qui a fait la remise et partager avec lui.

Nous pensons donc avec MM. Accarias et Molitor (1)

1. Accarias, T. II, n° 552 ; Molitor, *Oblig. en dr. rom.* T. II, n° 1022.

que le débiteur pouvait opposer une exception *doli mali* jusqu'à concurrence de la somme que le *correus* poursuivant aurait du restituer à son *correus*. Tel devait être l'avis des Sabinien, car dans le texte ci-dessus, Paul ne s'appuie, peut-être à dessein, que sur la doctrine de jurisconsultes, tous Proculien.

Si au contraire, les *correi stipulandi* ne sont pas *socii*, le pacte *de non petendo* ne pourra être opposé qu'au créancier qui a fait la remise, car la règle qu'on ne peut promettre pour autrui reprend toute son autorité. Il y a donc une différence pratique considérable entre le pacte consenti par un *correus stipulandi socius* et le pacte consenti par un *non socius* ; celui-ci supprime son propre droit, mais ne diminue pas l'obligation du débiteur ; celui-là, au contraire, décharge réellement le débiteur d'une part de la dette.

B. — Créancier principal et *adstipulator*.

Le créancier principal s'est adjoint un *adstipulator*. Les rapports qui les unissent sont ceux qui existent entre le mandant et le mandataire. Toutefois ici, le mandataire et le mandant sont tous les deux créanciers. L'*adstipulator* est donc maître de la créance dans ses rapports avec le débiteur ; il peut poursuivre, éteindre la dette par novation ou acceptation, sauf recours du mandant si celui-ci éprouve un préjudice ou si l'*adstipulator* commet un dol (Gaius C. III, §§ 215 et 216). Quels sont vis-à-vis du créancier principal, les effets d'un pacte de remise con-

senti par l'*adstipulator*? M. Accarias dit qu'il ne peut être opposé au créancier principal, car l'*adstipulator*, simple mandataire, n'a pas pu anéantir le droit de son mandant (1). Cependant nous venons de dire d'après M. Accarias lui-même (2), que l'*adstipulator*, simple mandataire, pouvait éteindre définitivement la créance *erga omnes*, par novation ou acceptilation, c'est donc qu'il peut anéantir le droit de son mandant. Nous croyons bien que le pacte *de non petendo* consenti au débiteur par l'*adstipulator* est sans effet vis-à-vis du créancier principal; ne doit-on pas expliquer ce résultat en disant que les effets du pacte *de non petendo* sont bien moins considérables que ceux d'un mode d'extinction du droit civil? Ce qui anéantit l'obligation dans une acceptilation, c'est la forme solennelle que revêt le consentement des parties. Le lien de droit est fatalement brisé, et il est impossible qu'il ne le soit pas complètement. Au contraire, le *vinculum juris* existe toujours après le pacte de remise, seulement il y a un obstacle à son efficacité, une barrière qui peut s'ouvrir devant un nouvel accord de volontés. En règle générale, les effets du pacte *de non petendo* n'existent qu'entre les parties qui l'ont conclu. Pourquoi n'appliquerions-nous pas cette règle ici? Il y a un obstacle devant l'action de l'*adstipulator*; elle est endiguée si l'on veut, mais rien ne barre le cours de l'action du créancier principal.

Nous ne donnons pas la même solution, quand le pacte

1. Accarias, t. II, n° 741, *in fine*.

2. *Loc cit.*, n° 558.

de remise a été consenti par le créancier principal. Le débiteur peut s'en prévaloir dans ses rapports avec l'*adstipulator*, mais pourquoi? C'est que l'*adstipulator* n'a pas d'intérêt à ce qu'il en soit autrement. Il n'y a qu'une obligation, partant qu'une libération. Qu'importe au créancier accessoire qu'elle s'opère entre ses mains ou entre les mains du créancier principal, puisque, simple mandataire, il ne doit pas en profiter ?

DROIT FRANÇAIS
DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

BIBLIOGRAPHIE.

- ACCARIAS, *Précis de droit romain*, 3^{me} éd.
- ARNTZ, *Cours de droit civil français*, Bruxelles et Paris, 1879-80.
- AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd.
- BALUZIUS, *Capitularia Regum Francorum*, Paris, 1780.
- BASNAGE, *Commentaire sur la coutume de Normandie*, Rouen, 1778.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 2^{me} éd.
- BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, Edit. du Comte Beugnot, Paris, 1846.
- BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, Paris, 1877-83.
- BENECH, *De la Quotité disponible entre époux*, Toulouse, 1841.
- BERTAULD, *Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon*, Paris, 1869.
- BOISTEL, *Manuel de droit commercial*, Paris, 1887.
- BOITARD, COLMET-DAAGE et GLASSON, *Leçons de procédure civile*, Paris, 1885.
- BOUHIER, *Les Coutumes du duché de Bourgogne*, Dijon, 1742-46.
- BOUTELLER, *Somme rurale*, Paris, 1621.
- BOUTRY, *Donations entre époux*, Paris, 1852.
- DALLOZ, *Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*.
- DALLOZ, *Jurisprudence générale*.
- DELVIN COURT, *Cours de code civil*, Paris, 1819.

DEMANTE ET COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, 1^{re} éd.

DEMANTE, *De l'immuabilité des conventions matrimoniales*, Thémis, T. VIII.

DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, Paris, 1845-82.

DUMOULIN, *Œuvres complètes*, Paris, 1681.

DUNOD DE CHARNAGE, *Observations sur la coutume du comté de Bourgogne*, Besançon, 1766.

DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1825-42.

DUTRUC, *Traité de la Séparation de biens judiciaire*, Paris 1853.

ESPEISSES, *Œuvres d'Antoine, d'*, Lyon, 1750.

FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836.

FERRIÈRE, *Commentaire sur la coutume de Paris*, Paris, 1762.

FONTAINES (de) *Conseil à un Amy*, édit. Mornier, Paris, 1846.

GINOUILHAC, *Histoire du régime dotal et de la communauté en France*, Paris, 1842.

GLASSON, *Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe*, Paris, 2^e édit, 1880.

GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, Paris, 1887.

GUILLOUARD, *Traité du Contrat de mariage*, 3 vol. Paris, 1888.

GUYOT, *Répertoire universel de jurisprudence*, Paris, 1784-85.

HERBAULT, *Traité des Assurances sur la vie*, Paris, 1877.

JULIEN, *Eléments de jurisprudence*, Aix, 1785.

LAFERRIÈRE, *Histoire du droit civil de Rome et du droit français*, Paris, 1847-58.

LAURENT, *Principes du droit civil*, 3^e éd. Paris et Bruxelles, 1878.

LEBRUN, *Traité de la Communauté entre mari et femme*, Paris, 1754.

LEHR, *Eléments de droit civil espagnol*, Paris, 1880.

LEHR, *Eléments de droit civil anglais*, Paris, 1885.

LEHR, *Eléments de droit civil germanique*, Paris, 1875.

- LEPRESTRE, *Questions notables de droit divisées en centuries*, Paris, 1679.
- LOCRE, *Commentaire et Complément des codes français*, Paris, 1827-32.
- LOUET et BRODEAU, *Recueil d'arrêts notables du Parlement de Paris*, Paris, 1762.
- MARCADÉ et PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*.
- MARCULFE, *Formulæ veteres*, édit. Bignon, Paris, 1665.
- MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 10^e éd. revue par M. Demangeat.
- OLIVECRONA, *Origines du contrat de communauté* (Revue historique de droit français et étranger, T. XI).
- PARDESSUS, *Loi salique*, Paris, 1818.
- PASQUIER ETIENNE, *Interprétation des Institutes de Justinien*, publiée par M. le duc Pasquier, Paris, 1847.
- PONT, *Petits contrats ; privilèges et hypothèques*, Paris, 1877-78.
- L'OTHIER, *Traité sur la Communauté*, Paris et Orléans, 1773.
- POTHIER, *Traité du contrat de constitution de rente*, Paris et Orléans, 1773.
- POTHIER, *De la puissance du mari*, Paris et Orléans, 1774.
- POTHIER, *Traité des donations entre mari et femme*, Paris et Orléans, 1774.
- RENUSSON, *Traité de la Communauté*, Paris, 1780.
- RODIÈRE et PONT, *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1847-69.
- ROUSILHE, *Traité de la dot*, Clermont-Ferrand, 1785.
- SAVIGNY, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, trad. Guenoux, Paris, 1839.
- SERRES, *Institutes de droit françois*, Paris, 1708.
- SIREY, *Recueil général des lois et arrêts*.
- TARDIF, *Recueil de textes et coutume de Toulouse*, Paris, 1884.
- TESSIER, *Traité de la Société d'acquêts suivant les principes de l'ancienne jurisprudence du Parlement de Bordeaux*, Bordeaux, 1829.
- TESSIER, *Traité de la Dot*, Bordeaux, 1835.

THÉZARD, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, Paris, 1880.

TOULLIER et DUVERGIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, Paris, 1830-45.

TROPLONG, *Droit civil expliqué*, Paris, 1855.

VIDAL, *Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques* (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, T. XXXII).

VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1884-86.

DROIT FRANÇAIS

DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

INTRODUCTION

« Le contrat de mariage, dit Troplong (1), a toute la gravité du mariage lui-même et c'est à tous les deux indistinctement que s'appliquent ces paroles de Platon : Pour qu'une république soit bien ordonnée, les principales lois doivent être celles qui règlent le mariage (2) ». Les conventions qui réglementent l'association pécuniaire des époux sont, en effet, l'accessoire indispensable du contrat qui unit leurs personnes, et comme ce dernier contrat, qui est le principal, a une importance capitale chez tous les peuples, cette importance rejaillit sur le contrat accessoire relatif à la condition des biens dans le mariage. Aussi nos législateurs ont-ils traité avec soin du

1. Troplong. *Cont. de mar.* T. I. *Préface.*

2. *De legibus*, 4.

contrat pécuniaire de mariage, qui occupe à lui seul une large place dans nos lois.

On ne s'étonnera pas maintenant que le contrat de mariage échappe à la plupart des règles auxquelles sont soumis les contrats ordinaires. Le principe de la liberté des conventions, posé dans l'article 1134 est appliqué d'une façon autre que dans le droit commun des conventions. C'est ainsi que les parties ne sont pas maîtresses de la durée du contrat de mariage; intimement lié au mariage, vivant de sa vie, il subit toutes les vicissitudes de l'union conjugale elle-même; quand le mariage prend fin, le contrat de mariage s'éteint avec lui; toute convention contraire est impuissante devant ce résultat. Les autres contrats se dissolvent par le concours des volontés qui les ont formés : « *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* ». Cette règle d'Ulpien dont les applications multiples nous ont occupé précédemment, en droit romain, est écartée du droit français dans la matière du contrat de mariage (1).

De même à un point de vue opposé, celui de la formation des conventions, le contrat de mariage ne peut déroger à aucune des règles concernant les rapports d'état personnel créés par le mariage, au Titre V du Livre I du Code civil; son domaine unique est la réglementation des biens, et dans ce domaine, la loi dans les *Dispositions générales* du contrat de mariage (art. 1387 à 1398) ne crée guère que des interdictions. Toutefois l'article 1387 qui pose le principe de la liberté des conventions matrimonia-

1. Demante, *Thémis* T. VIII. p. 230.

les le fait très largement. Il y a telles dispositions permises dans le contrat de mariage qui sont défendues dans le droit commun des contractants.

A trois autres points de vue, le contrat de mariage doit être encore distingué : 1° L'incapacité de la femme mariée est une conséquence du mariage lui-même ; elle est d'ordre public car elle découle de la puissance maritale. Mais il faut constater que le contrat de mariage peut augmenter ou diminuer l'incapacité de la femme mariée. C'est ainsi qu'il dépend de la volonté des époux d'adopter le régime de séparation de biens, où la femme est bien moins incapable que sous le régime de communauté. Cela s'explique, dit M. Laurent (1), par la faveur que le législateur accorde aux conventions matrimoniales.

2° A la différence des autres contrats qui n'obligent que les parties, sans nuire ni profiter aux tiers, le contrat de mariage intéresse et lie ceux qui sont appelés à traiter avec les époux.

3° A un dernier point de vue, les époux ne peuvent comme lorsqu'ils s'agit d'un contrat ordinaire, modifier les dispositions de leur contrat de mariage, après la célébration de leur union. Suivant l'expression de M. Bertauld (2), ce contrat participe au caractère de fixité et d'irrévocabilité de l'union qu'il est appelé à gouverner. C'est de ce caractère particulier que nous devons nous occuper dans cette étude.

1. Laurent, *Principes de droit civil Français*, T. 21, p. 7.

2. Bertauld, *Questions pratiques* T. I, p. 466.

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE ET FONDEMENT DE LA RÈGLE

Le principe de l'Immutabilité des conventions matrimoniales ne se trouve pas dans le droit romain. La dot, c'est-à-dire ce que la femme ou un tiers apporte au mari pour l'aider à subvenir aux charges du ménage est constituée indifféremment avant ou pendant le mariage (1). Elle peut aussi être augmentée pendant le mariage : « *Dotes, constante matrimonio, non solum augentur sed etiam fiunt* (2). » Il est vrai qu'à l'époque classique la dot ne pouvait être diminuée une fois le mariage contracté : la raison en était qu'il y aurait eu restitution, au moins partielle, de la dot et que la dot ne pouvait être restituée avant la dissolution du mariage (3).

1. Paul, *Sent.* II, 21 B, § 4.

2. Instit. II, 7, *De donat.* § 3.

3. L. *unic.* C. *Si dos const. matr.* 5, 19. — Quant au motif pour lequel la restitution de la dot ne pouvait avoir lieu durant le mariage, c'était le suivant : Les charges du ménage ne diminuant pas pendant toute la durée de l'union conjugale, il était naturel que ce qui avait été constitué pour y subvenir, ne pût pas subir de réduction pendant le même délai.

Mais cet unique point de vue auquel on pouvait considérer la dot comme immuable, sans que jamais les textes aient invoqué l'immutabilité des conventions matrimoniales, disparut au Bas-Empire et Justinien consacra la faculté de diminuer la dot *constante matrimonio* (1).

La donation *ante nuptias*, ce pendant de la dot, suivant l'expression des auteurs, ne pouvait être à l'origine ni constituée ni augmentée pendant le mariage, et nous dirons tout à l'heure pourquoi, mais l'empereur Justin permit de l'accroître, *constante matrimonio*, et Justinien joignit à cette faculté celle de la constituer et de la diminuer pendant la même époque (2).

Le même empereur fit dans la Novelle 97 une assimilation complète entre la dot et la donation anténuptiale qualifiée désormais, comme les Institutes l'expliquent, de donation *propter nuptias*. La constitution de celle-ci, par exemple, dut être forcément calquée sur la constitution de celle-là.

A Rome, c'est donc une règle opposée à celle de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui a été suivie. Javolenus la formule nettement : « *Pacisci, post nuptias, etiam si nihil ante convenerit licet* » (3). »

Il est curieux de remarquer qu'à côté de cette législation, les donations entre époux, primitivement permises (et inusitées) furent longtemps défendues ; la prohibition resta la règle même après l'*oratio Antonini*, rendue sous Septime-Sévère, sur la proposition d'Antonin Caracalla,

1. L. 19, C. 5, 3. Nov. 22, cap. 31.

2. Inst. II, 7, § 3. L. 19, C. 5, 3. Nov. 22, cap. 31.

3. L. 1 pr. *De pact. dot.* 23, 4.

en ce sens que la donation resta nulle, en principe, et ne devint valable que par le prédécès du donateur, mourant sans être revenu sur sa libéralité et le mariage n'ayant pas été rompu par le divorce (1). C'est d'autant plus surprenant qu'on expliquait l'interdiction puis la réglementation des donations entre époux par un des motifs invoqués aujourd'hui encore, pour baser le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales : « *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem, donationes valerent. Hoc autem receptum est ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate* (2). »

Il n'y a là pourtant ni anomalie ni omission. Les jurisconsultes romains devinèrent sans doute les inconvénients qu'il y a à changer, au cours du mariage, les conventions matrimoniales ; mais, ne l'oublions pas, ils ont toujours distingué la donation et la dot. La constitution de dot est un acte à titre onéreux. Le mari ne la reçoit que comme un dédommagement anticipé des charges qu'il aura à supporter. Dès lors, pourquoi ne pas traiter la constitution de dot comme un autre acte à

1. D. l. 32, §§ 10 et 13 ; l. 33, 24, 1. — Il existe une autre opinion d'après laquelle, à partir du sénatus-consulte, les donations entre époux étaient valables mais révocables *ad nutum*. Cette opinion s'appuie aussi sur des textes (l. 32, § 16, l. 55, 24, 1) ; mais ces textes sont en contradiction avec des décisions certaines parmi lesquelles, la suivante : Une *condictio* n'était pas nécessaire au donateur repentant pour anéantir son projet de libéralité, puisque jusqu'à son décès il restait propriétaire ou créancier du don. V. M. Accarias, t. 1, n° 310.

2. L. 1, pr. *De donat. int. vir. et uxor.*, 24, 1.

titre onéreux, c'est-à-dire laisser s'y introduire tous les changements que les parties jugeront à propos?

Sans doute, cette distinction est artificielle et en allant au fond des choses, nous ne voyons pas bien en quoi la femme est moins dépouillée en consentant à une diminution de sa dot au profit du ménage, qu'en faisant à son mari une donation, nettement et sans détours. Mais les jurisconsultes se plaçaient sur un terrain, seulement juridique et à ce point de vue, il est certain que la constitution de dot ne présente pas les mêmes caractères qu'une donation. Il eut mieux valu, néanmoins, défendre les changements aux conventions matrimoniales comme on avait prohibé les donations entre époux. Cette dernière prohibition eut été sanctionnée par la précédente. Nous avons une preuve certaine que les Romains ont écarté ce point de vue pratique. En effet, la donation *ante nuptias* fut à son origine, vers 449, traitée comme une donation; elle ne put donc pas être constituée ni augmentée pendant le mariage; quand, dans une législation postérieure, on la considéra comme l'équivalent, le pendant de la dot, elle put subir les modifications dont la dot était susceptible.

Après la conquête romaine, les Gaules firent partie de l'empire d'Occident et le Code Théodosien y fut mis en vigueur(1); mais, lorsqu'au v^e siècle, eut lieu l'invasion des Barbares, notre pays fut, au point de vue du Droit, divisé

1. Le Code Théodosien dû à Théodose II réunit les constitutions impériales depuis Constantin. Il fut publié en Orient en février 438 et dans la même année en Occident par l'empereur Valentinien III.

en deux régions : le droit romain continua à être suivi dans le Midi, où la population gallo-romaine avait toujours été la plus nombreuse. Dans le Nord, on suivit une législation née des usages locaux. On donna à cette région le nom de *pays de droit coutumier* et par opposition, les contrées méridionales furent appelées *pays de droit écrit*. La ligne de démarcation fut le cours de la Loire, à peu près : « quoique situés au sud de ce fleuve, le Poitou, l'Aunis, l'Angoumois, la Touraine, la Haute-Marche, le Bourbonnais et l'Auvergne formèrent des pays de coutume (1). »

Les pays de droit écrit n'admirent pas le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales puisqu'il n'existait pas en droit romain. Il fut loisible de constituer ou d'augmenter la dot pendant le mariage (2), mais il ne fut pas permis de la diminuer. « Les donations faites en faveur du mariage, nous dit Serres (3), sont au surplus, si fort irrévocables, qu'il n'y peut être dérogé par aucune convention postérieure des parties, non plus qu'à aucun article des conventions matrimoniales concernant l'avantage des mariés ou de leurs enfants : ces changements ou ces dérogations sont appelées des contre-lettres, parce qu'elles se font contre la lettre du contrat de mariage et on les casse sur ce fondement que tout ce qui est porté par les contrats de mariage, est *immuable* suivant la coutume générale de ce Royaume. » Ce passage ne vise évidemment que les dérogations ayant trait à un amoindrissement de

1. M. Glasson, *Mariage civ. et Div.*, 2^e édit., p. 91, note 1.

2. Despeisses, *tit. De la dot*, sect. 2, n^o 4 et n^o 24, p. 476 et 486.

— Serres, *Inst. de dr. fr.*, L. 2, t. VII, § 3, *Quemadmodum dotes....*

3, *Inst.*, L. 2, t. XIV, p. 481.

la dot, puisque Serres nous a dit au titre VII de son livre : « La dot peut être constituée pendant le mariage, tout comme elle peut aussi être augmentée. » Roussilhe est très affirmatif (1) : « Il n'y a que les actes qui tendent à diminuer la dot qui soient regardés comme des contre-lettres ; les dons pour augmenter les biens du futur époux quoique faits hors le contrat de mariage et en l'absence des parents, sont valides. » (2)

Cette prohibition de diminuer la dot est-elle une réminiscence du droit classique ? On pourrait peut être l'expliquer historiquement, par la lenteur avec laquelle la législation de Justinien s'introduisit dans les pays de droit écrit : « Le *Bréviaire* d'Alaric rédigé en 506 et qui est un résumé de la législation théodosienne, était devenu le Code des populations gallo-romaines. Les lois de Justinien ne se firent que peu à peu connaître (3) ». C'est seulement vers le milieu du *x^e* siècle, que l'on tint compte autant des lois de Justinien que du *Breviarium* (4). Mais tandis qu'à l'époque classique, la défense de diminuer la dot dérive de l'impossibilité de la restituer pendant le mariage, cette prohibition a pour cause, nous dit Serres, dans les pays de droit écrit, l'immutabilité des conventions matrimoniales qui dérive de la Coutume. Quoiqu'il en soit sur sa cause, la défense de diminuer la dot dans

1. *Traité de la dot*, t. I, n° 84.

2. V. encore Guyot, *Répert. de jurispr.* au mot *Dot*, § 3, Julien, *Élém. de jurispr.*, p. 49.

3. Dalloz. *Répert.* T. XIII. n° 42.

4. Savigny, *Hist. du dr. rom. au M.-Age*, T. 2, p. 92, sur les *Petri Exceptiones*.

les pays de droit écrit est la conséquence de cette idée que le caractère des charges du mariage est d'être constant, ce qui empêche par conséquent, toute restitution ou diminution des ressources destinées à subvenir à ces charges.

Quant aux donations entre époux, les pays de droit écrit les permirent (1). Il semble bien, d'après le langage des auteurs, qu'elles étaient valables du jour de leur constitution et qu'elles n'étaient simplement entachées que d'un caractère de révocabilité.

Les contrats à titre onéreux furent également permis, dans les pays de droit écrit, aux conjoints à qui le droit romain laissait la même faculté (2).

Il arrivait fréquemment, dans le ressort du parlement de Bordeaux notamment, qu'une société d'acquêts était stipulée, *constante matrimonio*, contre les époux. Que valait cette clause, qui était comme un accident du régime dotal dont elle n'altérait en rien, bien entendu, le caractère essentiel d'inaliénabilité ? « Dans les pays régis par le droit écrit, dit Tessier (3), et conséquemment dans le ressort du parlement de Bordeaux, comme les époux pouvaient contracter ensemble, ainsi qu'auraient pu le faire des personnes étrangères, et comme d'un autre côté, les avantages entre époux n'étaient pas défendus, il nous semble qu'une

1. Serres, *Inst.* T. VII, *De donat.*, § 1.

2. Vente, *Mutuum*, *Commodat*, l. 7, § 6, *De donat. int. vir. et uxor.* — Gage, l. 17, § 6, *eod. loc.* Société, l. 16, § 3, *De alim. vel cib. leg.* — Dépôt, Mandat, l. 9, § 3, *in fine. De jure dotium.*

3. *Traité de la Société d'acquêts*, 1829, p. 30.

société d'acquêts stipulée après la célébration du mariage, devait sortir à effet au moins comme donation à cause de mort. Tel est le sentiment de Bouhier, sur la coutume de Bourgogne (ch. 21, n° 156), de Boucheul, sur la coutume du Poitou (art. 229, n° 14), de Maichin, sur la coutume de Saint-Jean-d'Angély (tit. 8, part. 4, ch. 1), de Lebrun (comm. L. 1 ch. 2) etc... La Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 14 mars 1820, pose à la vérité, en principe qu'en pays de droit écrit, la communauté ne pouvait être accordée avec effet par le mari à la femme, après le mariage, mais cet arrêt, indépendamment qu'il contredit les autorités plus haut invoquées, est contraire à l'opinion des anciens jurisconsultes de notre barreau. »

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous l'avons déjà laissé entendre, existait dans les pays de droit coutumier. Mais d'où venait-il? De quelle source législative les régions du nord le tenaient-elles?

Les Commentaires de César constituent le document le plus sûr sur les institutions des Gaulois, avant l'occupation romaine. Qu'y voyons-nous? La femme, chez les Gaulois, pouvait avoir un patrimoine et il existait une certaine communauté entre époux. La femme apportait une dot à son mari et celui-ci devait, sur ses biens, constituer une quantité fixée par estimation et égale à la dot pour la mettre en commun avec cette dot. Un inventaire des deux apports était dressé. Les fruits et autres revenus augmentaient le capital de la communauté. La totalité de cette communauté appartenait quand le mariage était dissous, au survivant des époux.

« *Viri, quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine accepe-*

runt, tantas ex suis bonis, aestimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur. Uter eorum vita supererit, ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit. (1) » Ce passage des Commentaires a donné lieu à une foule d'interprétations. César, contrairement à son habitude, n'a pas été clair et sur bien des points nous en sommes réduits à de simples conjectures. « Ce qui paraît certain, dit M. Glasson (2), c'est que le mot *pecunia* désigne un apport mobilier, de l'argent ou des choses fongibles. La dot ne portait donc pas sur les immeubles patrimoniaux exclus par ce mot *pecunia*. Faut-il en conclure que ces immeubles restaient dans la famille et ne pouvaient appartenir à l'individu ou bien qu'ils étaient inaliénables ? » Il est bien difficile de prendre parti. M. Laferrière (3) pour qui le mot *pecunia* désigne ici indistinctement une dot mobilière ou immobilière, se prononce nettement pour l'inaliénabilité des biens constitués en dot ou tout au moins pour un emploi obligatoire en cas d'aliénation. C'est aller trop loin.

Bien que le mot *pecunia* s'emploie parfois pour désigner tous les biens susceptibles de propriété (4), nous persistons à penser, avec M. Glasson, que cette expression désigne uniquement, dans le texte de César, une dot mobilière et aliénable. L'estimation en rendait le mari propriétaire, à plus forte raison était-il propriétaire des re-

1. *Commentaires*, liv. VI, § 49.

2. *Histoire du droit et des instit. de la France*, t. I, p. 443.

3. *Histoire du droit français*, t. 2, liv. II, p. 81.

4. Heumann, *Handlexicon*, v^o. *Pecunia*.

venus. Il est difficile d'imaginer comment la *pecunia* aurait pu produire des fruits si le mari n'eût pas eu le pouvoir d'en disposer. Toutefois les fruits étaient réservés en nature ou en valeur; le survivant des époux y pouvait prétendre ainsi qu'à l'intégrité du capital (1). Il y a donc, dans cette législation une idée indéniable de *stabilité* et d'égalité dans les apports devant se continuer pendant toute la durée du mariage.

Pendant l'époque gallo-romaine qui fit suite à l'époque celtique, cette législation disparut sans se perdre cependant tout entière. Sans doute, le droit romain pénétra dans toute la Gaule, mais le fond de la coutume, c'est-à-dire l'apport mutuel équivalent, continua à subsister. Certains auteurs (2) pensent même que le droit général de l'Empire s'assimila cet usage et ils y voient l'origine législative de la donation *ante nuptias*. Quoi qu'il en soit, il est impossible de ne pas être frappé de l'analogie qui existe entre la donation *propter nuptias* de Justinien, complètement calquée sur la dot et le régime d'association conjugale des anciens Gaulois, tel que l'a décrit César.

Une Novelle de l'empereur Majorien, voulut généraliser en 458, dans l'empire d'Occident et notamment dans les Gaules, la double obligation pour les parents de constituer une dot aux filles et une donation anténuptiale aux fils. Il est douteux que cette obligation ait été adoptée et

1. Sur tous ces points, voy. M. Glasson, *loc. cit.*

2. M. Laferrrière, *Hist. du dr. fr.*, T. 2, L. III, p. 466.

on s'est demandé si le Canon du Concile d'Arles de 534, Canon ainsi conçu : « *Nullum sine dote fiat conjugium* », n'était pas une confirmation voulue de la Novelle de Majorien.

« Après l'invasion, l'élément germanique absorba l'élément romain dans le nord et dans l'est de la France (1). » A une époque reculée, la femme germane était en tutelle perpétuelle. Fille, elle était sous la domination (*mundium*) de son père ou à son défaut d'un parent paternel ; épouse, elle était sous la dépendance de son mari. Mais ce dernier devait acheter la personne même de sa femme ou peut-être le *mundium* de celui à qui il appartenait. On convenait du prix et le futur le payait avant le mariage (2). Ce prix, *pretium nuptiale*, *wiltemon*, payé d'abord aux parents de la fiancée, fut versé plus tard entre les mains de la femme elle-même, sous le nom de *dos* ou *meta*. Tacite (3) a donc pu dire exactement : « *Dotem non uxor marito sed uxori maritus offert*. » La dot, dans le système german, désigne donc l'apport du mari. Elle ne consistait pas seulement en usufruit mais en pleine propriété, au moins quand il n'y avait point d'enfant né du mariage (4). Aussi la femme veuve, se remariant, la conservait sauf une part appelée *achasius*. Sans dot, il n'y avait pas de mariage légitime ; il n'y avait qu'un concubinat et les enfants qui en naissaient étaient réputés

1. Dalloz, *Répert.*, t. XIII, n° 46.

2. Tacite, *De mor. Germ.*, § 18.

3. *Loc. cit.*

4. Ginouilhac, *Hist. de la dot*, p. 192.

enfants naturels (1). Outre la dot, le mari faisait encore un don : le *morgengabe* ou *matutina donatio*. Ce don étant le *præmium delibæ virginitalis* ne pouvait être fait qu'aux vierges et le mari s'en acquittait au lendemain du mariage. Le *morgengabe* se distinguait nettement de la *dos*; c'était une donation volontaire d'où l'idée de l'achat du *mundium* était complètement exclue. Il n'était pas nécessaire pour la validité du mariage et la femme ne le possédait qu'à titre d'usufruit (2).

Sous l'influence du droit canonique, le caractère de la dot change; ce n'est plus le prix de la coemption; l'idée d'une vente disparaît devant la dignité du mariage qui est un sacrement. Mais on conserve le principe de la nécessité d'une dot, « *nullum sine dote fiat conjugium*, » disent le concile d'Arles et les Capitulaires. A l'époque franque, le système germanique s'est donc maintenu, seulement le caractère de la dot a changé. Il n'est plus question ni de vente ni d'achat; le mariage est libre comme il l'était à Rome et rehaussé du prestige dont le christianisme l'a entouré. Il n'y a plus de *meta* ni de *morgengabe* distincts, mais seulement quelques souvenirs de ces institutions. Le père constitue une dot à sa fille et le fiancé constitue un *douaire* à sa future épouse (3). Les origines de ce douaire sont tout à la fois l'ancienne *dos* et le *morgengabe*. Mais tandis que ces dons portaient sur des meubles, le vrai douaire ne porte que sur des immeu-

1. Marculfe, *Form. Appendix*, 52.

2. *Lex Burgundiorum*, l. 24.

3. Ginouilhac, *Hist. de la dot*, p. 285.

bles (1). A partir du ix^e siècle, on ne voit plus qu'une mention d'une libéralité qu'on appelle *dotalitium* ou *douairium*. Le douaire n'était acquis à la femme, par souvenir du *morgengabe* qu'après la consommation du mariage, « sitôt que compagnie charnelle est faite, » dit Beaumanoir. « Femme au coucher gagne son douaire, » dit Loysel. D'ailleurs, au xvi^e siècle, ceci avait disparu et le douaire était acquis à la bénédiction nuptiale, sauf à ne s'ouvrir qu'au décès du mari, car c'était un gain de survie et il ne consistait qu'en un usufruit, nouvelle ressemblance avec le *morgengabe*.

Les conventions matrimoniales étaient stipulées avant le mariage; le prêtre veillait à leur formation et elles étaient irrévocables(2). Cette irrévocabilité du pacte nuptial existait déjà chez les anciens Ripuaires (3) et le premier capitulaire du roi Dagobert avait reproduit leur loi (4): « *Si quis mulierem desponsaverit, quicquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat.* »

De même que c'était l'Eglise qui, à la suite du Concile d'Arles de 534 avait fait insérer, au nombre des lois d'Etat, le principe qu'il n'y avait pas de mariage sans dot, de même c'est encore elle qui fit passer dans les Capitulaires, la défense d'apporter, durant le mariage, des modifications aux conventions matrimoniales. Elle

1. M. Lefebvre, à son cours.

2. Ginouilhac, *Hist. de la dot*, p. 285.

3. Loi 37. *De dotib. mulierum*.

4. Balazius, *Capitul.* Tome I, p. 30.

voulut mettre en harmonie ces deux idées : le mariage indissoluble et le pacte nuptial perpétuel comme l'acte lui-même. Si donc, par son origine, notre règle de l'immutabilité touche au droit germanique, elle a eu sa place dans le droit coutumier sous l'influence du droit canonique. Le souvenir de cette influence persistera dans la législation : « Le mariage étant indissoluble, dit Leprestre (1), les conventions et pactions en doivent être immuables : *cum pacta debeant imitari naturam contractuum quibus apponuntur*. » Brodeau (2) s'exprime ainsi : « Les conventions matrimoniales doivent demeurer fixes, stables, perpétuelles, sans qu'il soit plus au pouvoir des conjoints d'y rien changer, altérer ni diminuer, l'autorité publique d'un contrat ne pouvant être blessée, sans violer en quelque façon, la dignité du sacrement qui le confirme ». Louet (3) enfin : « *Christianorum legibus*, l'on a été beaucoup plus retenu à toucher et contrevenir aux conventions matrimoniales. »

Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales fut toujours maintenu dans les pays de coutume. On le retrouve à travers les siècles, dans tous les auteurs. De Fontaines (4) dit au ^{xiii}^e siècle : « Ne convenance qui soit fête entre home et feme en mariage ne puet estre quitée tant come li mariages durt. » Au ^{xviii}^e siècle, Lebrun (5) dit que « le moment fatal du mariage, celui où

1. *Centurie* I ch. 98, 10.

2. Sur Louet, *Let. M. Somm.* IV, numéro 3.

3. *Let. M. Somm.* IV, numéro 2.

4. *Conseil à un Amy*, ch. XV, 9.

5. *Communauté*. Liv. I, ch. 3, n. 24.

il n'est plus permis de changer les conventions, c'est le moment de la célébration » et Pothier (1) s'exprime ainsi : « Aussitôt que les conventions ont été confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux époux d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel. »

Il faut noter ici que si la plupart des coutumes admettaient le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, quelques-unes cependant, ne l'avaient point adopté. Telles étaient la coutume d'Alsace (2) et la coutume de Bruxelles (art. 245).

Les donations entre époux étaient permises à l'époque barbare, par la loi des Ripuaires. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales qui existait chez ce peuple, comme nous l'avons vu, était tenu en échec par la faculté pour les conjoints de se faire des donations irrévocables. D'après M. Pardessus (3), les donations entre époux étaient autorisées chez les Francs Saliens ; elles étaient irrévocables, non soumises à la condition de réciprocité et très probablement ne pouvaient être faites que s'il n'était point né d'enfant du mariage.

Dans le vieux droit coutumier le principe est incertain, mal assis. De Fontaines (4) admet la validité des dons entre époux : « Ce qu'on peut laisser à estrange persone, on puet en laisser à un de ses enfanz et à se feme

1. *Introd. au traité de la Com.* n. 18.

2. V. un arrêt de la cour de Colmar du 16 mars. 1824.

3. *Loi salique*, p. 678.

4. *Conseil à un Amy*, ch. 33.

meisme. » Beaumanoir (1) est du même avis. Les établissements de Saint-Louis et les assises de Jérusalem permettent bien les libéralités testamentaires quand il n'y a pas d'enfant mâle (2), mais dans les établissements de Saint-Louis, la femme ne peut donner entre-vifs à son mari (3) et c'est une incapacité inverse qui est inscrite dans les assises de Jérusalem (4) : « Bien sachès que nus hons ne peut faire don à sa moillier puisqu'il l'a prise, si ne le fait à sa mort ou en son testament. »

Au xvin^e siècle, Pothier (5) divise en quatre classes les Coutumes qui réglaient diversement les donations entre mari et femme. La première classe comprend les Coutumes de Paris et d'Orléans et le plus grand nombre des autres. Toutes libéralités, soit entre-vifs, soit testamentaires y sont défendues, sauf le don mutuel que Bouteillier, dans sa *Somme rurale* appelle « revestissement » « parce qu'autant en amende un époux que l'autre. » La deuxième classe embrasse les Coutumes qui, outre le don mutuel, permettaient les donations testamentaires, avec une foule de distinctions ; la Coutume de Mantes exigeait qu'il n'y eut pas d'enfants, celle d'Amiens, s'il existait des enfants, réduisait la libéralité à un simple usufruit. Les Coutumes de Pérone (art. 3) et de Ponthieu (tit. 2, art. 24) ne distinguaient pas.

Dans la troisième classe sont rangées les Coutumes qui

1. *Coutume de Beauvoisis*, ch. 12, 4.

2. M. Boutry. *Donat. entre époux*, p. 77.

3. Liv. I, ch. 112.

4. *Coutume des Bourgeois*, ch. 173.

5. *Traité des donat. ent. mari et f.* nos 6 à 14.

permettaient les dons entre-vifs confirmés par le prédécès du donateur. C'était le système des pays de droit écrit qui avait passé dans quelques pays de Coutume voisins, dans le Poitou notamment (art. 209). Enfin, dans la quatrième classe se trouvaient les Coutumes permettant aux époux de se faire des donations entre-vifs irrévocables, mais avec certaines restrictions au cas où il y avait des enfants. Telles étaient les Coutumes de Montfort (art. 149) et de Noyon (tit. 13, art. 21).

Quant aux contrats à titre onéreux, les coutumes les défendaient, à peu près généralement, aux époux comme elles leur défendaient les donations, et par crainte des libéralités déguisées. L'article 26 de la Coutume du Bourbonnais dit : « que le mari ne peut faire, durant le mariage, aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme, *nec contra*. » Dumoulin (1) s'exprime ainsi : « *Nullum contractum etiam reciprocum facere possunt conjuges, nisi ex necessitate etiam permutare possunt* ». Et Pothier (2) pense que cette prohibition doit être étendue aux coutumes muettes sur le point qui nous occupe.

Nous avons déjà parlé de l'influence du droit canonique qui fit passer dans la législation, pendant la période gallo-franque le principe de l'irrévocabilité de la dot, emprunté à la loi Ripuaire.

Nous allons examiner maintenant les motifs juridiques au moyen desquels les jurisconsultes des pays de coutume expliquaient le principe de l'immutabilité des conven-

1. Sur l'anc. Cout. de Paris, art. 156, n° 5.

2. Traité des donat. entre m. et f., n° 78.

tions matrimoniales et nous rechercherons ensuite les raisons qui l'ont fait maintenir dans le Code civil.

L'organisation de la famille et de la propriété germaines reposent sur le principe de la solidarité de la famille, auquel se rattachent toutes les institutions : *mundium*, droit de succession, droit de vengeance. Comme conséquence de cette idée, le contrat de mariage intéresse deux familles et non seulement deux conjoints : « *Inter-sunt parentes atque propinqui et munera probant.* (1) » Cet usage de considérer le contrat de mariage comme un pacte de famille se maintint fort tard dans la législation. Il figure aussi bien dans la loi salique que dans les Coutumes du xvi^e siècle (2). Les deux familles intervenaient donc au contrat ; leur mission était d'empêcher que les biens de l'une d'elles ne passassent à l'autre. C'est ce que dit Pothier (3) : « Les familles respectives avaient intérêt à faire cette convention pour empêcher que les biens d'une famille ne passassent à l'autre. » De tout ceci il découlait naturellement que les époux ne pouvaient changer pendant le mariage une convention qui émanait de l'accord des membres de leurs familles respectives. De même il semblait logique, si l'on s'en tenait à ce point de vue, que des changements pussent être apportés aux conventions matrimoniales avec l'accord de toutes les parties intervenues au contrat. C'est en effet ce qu'admettaient certains auteurs, Troucou et Ricard par exemple. Mais Duplessis et Ferrière étaient d'un avis opposé « parce

1. Tacite, *De Morib. German.*, § 18.

2. Voy. *Nouvelle Coutume de Bourgogne de 1570*, art. 26.

3. *Traité des donat. entre mari et f.*, n^o 25.

que le temps du mariage est un temps prohibé. (1) » Il y avait, en effet, d'autres raisons que ce premier fondement, qui voulaient qu'en temps de mariage, les conventions matrimoniales fussent incommutables.

Quand un arrêt de règlement du 17 mai 1762 eut décidé que les conventions matrimoniales ne devaient plus être regardées que comme des conventions entre les deux seules parties contractantes, il ne fut plus possible de justifier l'irrévocabilité du pacte nuptial par cette idée que le contrat de mariage était une charte solennelle intervenue entre deux familles, à laquelle les conjoints ne pouvaient toucher.

Nous avons dit, précédemment, qu'en règle générale, les donations entre époux étaient défendues par les Coutumes. C'est là, selon nous, qu'il faut chercher le principal fondement de notre règle. Si les donations entre époux eussent été permises, c'est, sans contredit, cette faculté qui eût fait subir le plus d'échecs au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et il y eut eu, de ce chef, de bien nombreuses atteintes à cette idée si coutumière de la conservation des biens dans les familles. « Permettre aux époux de changer leurs conventions matrimoniales, dit Renusson (2), ce serait donner aux conjoints la faculté de s'avantager pendant le temps du mariage, qui est un temps prohibé ». Pothier, dans sa préface du *Traité de la communauté*, (3) s'exprime ainsi : « Les conventions matrimoniales sont tellement irréfor-

1. V. Ferrière, *Sur la Cout. de Paris*, n° 28.

2. *Traité de la Comm.*, 1^{re} Partie, ch. 4, n° 75.

3. N° 19.

mables que les parties ne peuvent pas, par leur contrat de mariage, se réserver la faculté de changer ou réformer quelque'une des dites conventions, parce que ce serait se réserver la faculté de s'avantager durant le mariage, ce qui n'est pas permis. » Lebrun (1) et Dumoulin (2) donnent la même explication.

Comme quelques coutumes, telles que les chartes du Hainaut, autorisaient les donations entre époux, en admettant cependant l'immutabilité du contrat de mariage, ce qui était une législation inverse de la législation romaine, d'autres motifs, d'ailleurs généraux, y justifiaient notre principe.

C'est d'abord la crainte des captations entre époux et des troubles que la résistance de l'un d'eux eût apportés dans le ménage : *Ne mutuo amore invicem spoliarentur.... Ne venalia essent matrimonia.... Ne concordia pretio concilium videretur*. C'étaient là les raisons qui, on s'en souvient, avaient fait prohiber à Rome, les donations entre époux ; si on les invoque, en droit coutumier, comme un motif distinct du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, c'est qu'elles ont un champ d'applications en dehors des donations. La femme, dans un excès d'affection ou de crainte, eût pu consentir, par exemple, à l'augmentation des pouvoirs du mari sur son patrimoine. C'est ce qu'explique le président Bouhier, dans son commentaire de la coutume de Bourgogne (3) : « S'il était permis d'altérer les clauses des conventions

1. *Traité de la comm.*, L. 1, ch. 3, n° 9.

2. *Sur l'article 110 de la Cout. de Paris*, n° 4.

3. Ch. 21, n° 157.

matrimoniales, celui des conjoints qui aurait le plus de pouvoir sur l'esprit de l'autre, n'oublierait rien pour faire changer à son avantage, ces conventions, et en cas de refus cela ne manquerait pas de causer entre eux des querelles qui troubleraient l'union et la concorde que l'intérêt public veut qu'on entretienne entre maris et femmes (1). »

Il existait enfin, un quatrième fondement de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. C'était l'intérêt des tiers : « Comme les biens augmenteraient ou diminueraient, dit Louet (2), on changerait les conventions matrimoniales ; ce qui serait prohibé d'aliéner, on le ferait aliénable ; ce qui serait sujet à remploi, on le divertirait. Le propre conventionnel serait réduit en acquêt. Or, entre toutes les conventions des hommes, il n'y en a point qui aient plus de poids que les contrats de mariage auxquels, comme au centre, aboutissent tous les actes particuliers qui se passent ensuite. »

Tels sont les motifs, qui, en pays de coutume, avaient maintenu le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

Les rédacteurs du Code civil ont consacré le même principe dans l'article 1395. Mais ils ont jugé trop rigoureuse l'interdiction faite aux époux, par le droit coutumier, de contracter ensemble à titre gratuit comme à titre

1. Dans le même sens, Louet. *Lett. C. Somm.* 28, n° 2 ; Basnage, *sur la Cout. de Normandie*, art. 388 ; Dumoulin, *sur la Cout. d'Auvergne*, art. 26, ch. 14.

2. *Lett. M. Somm.* 4.

onéreux. Ils ont adopté, sur ce point, la législation plus large des pays de droit écrit.

Les donations entre époux sont donc permises ; toutefois, on a écarté cet illogisme qui consiste à permettre aux conjoints de se faire des donations irrévocables tout en leur défendant de toucher aux dispositions de leur contrat de mariage. Si la loi permet les donations entre époux, elle a voulu, du moins, qu'elles soient essentiellement *révocables*. Article 1096 : Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables. »

De même que les donations, les contrats à titre onéreux sont autorisés entre époux, au moins en règle générale. Il y a interdiction pour la vente, sauf la triple exception de l'article 1593. S'il appert que sous un contrat à titre onéreux se cache une donation qu'on voudrait rendre irrévocable en lui donnant un autre nom, ce prétendu contrat tombe sous la règle de l'article 1099 : « Toute donation déguisée sera nulle. »

Des anciens motifs de la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, que reste-t-il ? Et quels sont ceux qu'on doit invoquer aujourd'hui ?

Cette idée que le contrat de mariage était un pacte de famille n'avait plus cours à la fin de l'ancien droit. Nous avons dit qu'un arrêt de 1762, rendu en forme de règlement et rapporté par Pothier, l'avait effacé. Elle n'a pas été ressuscitée par le Code ; elle serait contraire à l'esprit actuel de nos lois. En repoussant de même, le retrait lignager, la succession des propres, les droits d'ainesse et de masculinité etc., le Code s'est inspiré d'une même idée :

favoriser la liberté des transactions. Toutefois, quelques auteurs (1) revendiquent encore actuellement, comme une des assises du principe de l'immutabilité du pacte nuptial, ce motif que le contrat de mariage intervient entre deux familles et ne règle pas seulement les intérêts des deux conjoints. Notons aussi un arrêt de la Cour de Bastia du 15 janvier 1856 (2) dont un des considérants est celui-ci : « Attendu que les contrats de mariage sont par leur nature même, des *pactes de famille*...

Le second des motifs du droit coutumier, la défense des libéralités entre conjoints, ne peut non plus expliquer aujourd'hui notre principe de l'immutabilité, puisque le Code valide les donations entre époux.

Restent deux motifs de ceux que nous avons précédemment exposés. Ce sont eux qui justifient le Code d'avoir consacré l'irrévocabilité du pacte nuptial. Ces deux raisons fondamentales sont l'intérêt des époux et celui des tiers.

L'immutabilité des conventions matrimoniales est nécessaire comme une garantie de paix entre les conjoints, de bonne harmonie dans le ménage. Si le contrat de mariage pouvait être modifié au gré des parties, qu'advient-il ? De quelles obsessions le plus tendre ou le plus timoré des époux ne serait-il pas victime ? Que de discussions, de haines, si chacun des époux persistait dans sa volonté, l'un de changer, l'autre de maintenir le pacte nuptial ! Et qu'on ne dise pas qu'il y a contradiction entre ce souci d'assurer la paix dans le ménage et la fa-

1. Arnulz, T. 3, n° 516.

2. Dalloz 56, 2, 58.

culté pour les conjoints de se faire des donations même révocables ; que, puisqu'on avait emprunté au droit romain, pour défendre les changements aux conventions matrimoniales, les raisons que les Romains donnaient pour prohiber les donations entre époux, il fallait, pour être logique jusqu'au bout, dans cette volonté d'écarter une cause de dissentiments entre les conjoints, leur interdire les donations comme tout autre atteinte aux conventions matrimoniales ! Qu'on ne dise pas non plus que la loi n'a vu qu'une face du danger et que si l'un des conjoints ne peut mettre à profit l'affection ou la faiblesse de l'autre époux pour changer telle clause du contrat de mariage, il lui est du moins loisible d'user des moyens d'intimidation ou de captation à sa disposition, pour se faire concéder des libéralités ! La garantie de l'indépendance des époux vis-à-vis l'un de l'autre, en matière de donations, la certitude que la paix du ménage ne sera pas troublée de ce côté, c'est la *révocabilité* des libéralités entre époux. A quoi servira à l'un des conjoints, d'employer vis-à-vis de l'autre époux, en vue d'une donation à obtenir, un moyen d'intimidation, par exemple, qui troublera la paix de son ménage et dont il ne sera jamais sûr de bénéficier ; puisque l'époux donateur a toujours le droit de révoquer, dans un temps illimité et d'une façon secrète, les libéralités consenties au profit de son conjoint ?

Nous devons ajouter, à ce propos, que s'il était permis de changer les conventions matrimoniales, postérieurement à la célébration du mariage, les époux s'attribueraient, au moyen de changements à leur contrat de ma-

riage, des donations, qu'ils pourraient rendre, à peu près dans tous les cas irrévocables. En effet, pour révoquer ces donations ou si l'on aime mieux, pour modifier les changements qui les contiendraient, il faudrait l'accord des deux époux. Evidemment le consentement du donataire ferait toujours défaut et la règle de l'article 1096 faisant dépendre le sort de la donation de la volonté unique du donateur, serait ainsi tournée.

Le principe de l'immutabilité se fonde non seulement sur l'intérêt des époux mais encore sur celui des tiers. Dans l'exposé des Motifs de la loi sur le contrat de mariage, Berlier fait ressortir avec vigueur, que la disposition de l'article 1395 a pour but d'empêcher les fraudes envers les tiers « telles que celles dont le passé n'a offert que trop d'exemples. » Dans l'ancien droit, l'intérêt des tiers basait déjà le principe de l'immutabilité. Nous avons vu Louet y faire une évidente allusion. Mais combien moins que dans le droit actuel, le souci était grand de mettre les tiers à l'abri ! Le Code édicte la publicité de l'hypothèque, celle de la donation, de la cession de créance ; la loi du 10 juillet 1850 rend impossible aux conjoints le moyen de laisser ignorer à un tiers, quelque peu diligent, s'ils ont fait ou non un contrat de mariage. La loi du 23 mars 1855 étend la publicité à toutes les mutations de propriété entre-vifs.

Il faudrait, dit-on, persévérer dans cette voie et puisque c'est par la publicité que les tiers sont le mieux défendus, pourquoi ne pas faire une loi qui les informerait, par une mention faite en marge de l'acte ou du contrat de mariage, que tel changement a été opéré par les époux

dans leurs conventions, matrimoniales. Ainsi, tout d'abord, la faculté pour les époux de changer les clauses de leur contrat de mariage s'accorderait mieux avec le principe général de la liberté des conventions et l'intérêt des tiers, qui est la seule base sérieuse du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, serait aussi bien sauvegardé que par la disposition surannée de l'article 1393. Dans le système actuel, les tiers ne seraient jamais lésés ou menacés de l'être que parce qu'ils auraient ignoré l'existence d'une modification antérieure du contrat de mariage des époux avec lesquels ils traitent, modification non révélée d'abord. Or, avec la publicité des changements, qu'arriverait-il ? De deux choses. l'une, ou les tiers auraient contracté avec les époux antérieurement à la modification du contrat de mariage, ou ce ne serait que postérieurement qu'ils auraient traité. Dans le premier cas, ils n'auraient aucun danger à redouter : ils auraient un droit acquis à ce que la situation des biens des époux restât la même vis-à-vis d'eux, qu'au jour où ils ont contracté. Du reste, pour éviter les changements trop répétés, on pourrait forcer les époux à soumettre à l'approbation du Tribunal, les modifications qu'ils se proposent d'apporter à leur contrat de mariage. Dans le second cas, c'est-à-dire après que les époux auraient modifié une clause de leurs conventions matrimoniales et rendu public ce changement, les tiers seraient inexcusables de ne pas en être informés et de n'avoir pas traité en conséquence, avec les époux.

On peut répondre à ceux qui voudraient qu'une loi nouvelle abolît le vieux principe de l'immutabilité des

conventions matrimoniales qu'ils se trompent en prétendant que l'intérêt des tiers est la seule raison motivant aujourd'hui notre principe. Nous espérons avoir démontré qu'il est impossible de ne pas tenir compte de cette autre base fondamentale : l'intérêt des époux. Même en se plaçant au point de vue exclusif des tiers, en supposant que le Code ne se soit préoccupé que de leur intérêt en maintenant l'irrévocabilité du pacte nuptial, à quelles complications, à quel enchevêtrement de tous les principes n'aboutirait-on pas s'il était permis aux époux de changer les dispositions de leur contrat de mariage, sous une simple condition de publicité ? On pourrait imaginer telles hypothèses, où par des changements successifs à leurs conventions matrimoniales, les époux se trouveraient mariés sous tous les régimes vis-à-vis d'un ou d'une série de tiers antérieurs. « Quelle perturbation dans les affaires, s'écrie Troplong (1) si l'on voyait les propres devenir objets de communauté, les objets de communauté devenir propres, les paraphernaux transformés en biens dotaux et la dot inaliénable transformée en un bien livré au commerce ! Quelle instabilité dans le contrat qui a le plus besoin de fixité ! »

Sans doute, il est certain que l'immutabilité des conventions matrimoniales a son côté désavantageux. Le contrat de mariage, en définitive, ne doit régler que les intérêts des deux conjoints, les parents ne sont plus considérés comme parties principales au contrat et pourtant il arrive souvent que les futurs époux inexpérimentés et

1, *Cont. de mar.*, tome I, sur l'art. 1395.

subissant l'influence parfois despotique de leurs familles, soient forcés d'accepter un contrat de mariage, élaboré tout entier par leurs parents.

Ce n'est pas d'ordinaire, la jeune fiancée qui songe à imposer à son futur époux l'adoption du régime dotal. Le mariage célébré, l'expérience peut apprendre à la femme que son mari, bon administrateur, ne méritait pas la défiance dont on l'a autrefois blessé et qui met encore une ombre dans le bonheur auquel elle avait le droit d'aspirer. Elle voudrait remettre entre les mains de son mari, une administration dont on l'a jadis exclu, la loi le lui interdit : le mari doit être perpétuellement tenu en suspicion.

Malgré ses inconvénients, le principe de l'immutabilité doit être conservé dans nos lois. Lui seul assure, tel qu'il existe, l'intérêt des tiers et celui des époux. Il est la sanction utile, indispensable, des donations permises entre époux mais essentiellement révocables au gré du donateur. Il est nécessaire au crédit public et subsidiairement à l'intérêt des enfants à naître du mariage, car l'époux le plus influent serait souvent le plus dissipateur.

Malgré ces bonnes raisons, Toullier regrette que ce ne soit que par la force de la tradition que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ait été recueilli dans nos lois. Il n'y a que deux motifs, dit cet auteur, qui validaient le principe dans l'ancien droit : l'un qui exigeait l'intervention des parents au contrat de mariage, l'autre qui défendait les donations entre époux ; or ces deux motifs ont disparu, donc le principe aurait dû disparaître. Ce n'est pas le moment d'examiner la doctrine de Toullier avec toutes ses conséquences, cependant

nous voyons qu'au seul point de vue historique, la thèse de l'éminent jurisconsulte est déjà fausse. Il n'y avait pas que les deux motifs dont il parle, qui expliquaient dans l'ancien droit, l'immutabilité des conventions matrimoniales, nous en avons relevé quatre dont deux sont encore bien vivants et suffisent amplement à justifier le Code d'avoir maintenu le principe que nous défendons.

S'il est faux de dire que de tous les motifs qui validaient anciennement le principe de l'irrévocabilité, il n'en existe plus aucun aujourd'hui, il est inexact de prétendre en sens inverse, que certaines influences, aujourd'hui bien éteintes, ont survécu et basent encore notre principe dans le droit actuel. Nous avons dit que l'idée de la conservation des biens dans les familles avait vécu. Il ne faut pas non plus, rattacher le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales à l'indissolubilité du mariage, telle que l'entendait le droit canonique. On a fait remarquer, dans l'opinion contraire, que la Prusse qui est protestante et qui admet le divorce, a repoussé le principe de l'immutabilité (art. 209 du Code prussien) tandis qu'en Autriche, pays catholique, où le divorce n'est permis qu'aux protestants, le principe de l'irrévocabilité du contrat de mariage est adopté (art. 1225 du Code autrichien). Cette théorie est démentie deux fois par notre législation qui a admis le divorce à deux reprises et chaque fois maintenu le principe de l'immutabilité, et si la catholique Espagne ne connaît pas le divorce, elle ignore aussi le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales (1). En Angleterre, enfin, pays protestant où le di-

1. Lehr, *Élém. de droit civil espagnol*, p. 103.

vorce est admis, les conventions faites en vue du mariage, quoique passées régulièrement sans l'assistance d'un officier ministériel, sont incommutables (1).

1. Lehr, *Élém. de droit civil anglais*, p. 110.

DEUXIÈME PARTIE

EXPLICATION THÉORIQUE DE L'ARTICLE 1395.

L'article 1395 s'occupant des conventions matrimoniales s'exprime ainsi : *Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage.* »

Ce texte, si simple et si clair dans sa rédaction, a donné lieu cependant à des difficultés d'interprétation considérables, qui maintes fois ont divisé la jurisprudence aussi bien que la doctrine. C'est qu'en effet le principe posé a une sphère d'application très étendue ; il se réfère non seulement à tous les régimes de mariage, mais encore à toutes les conséquences que la loi attache à chacun de ces régimes, et par suite, à presque tous les actes que les époux sont appelés à passer pendant leur union, soit entre eux, soit avec les tiers. Aussi avant d'entrer dans le détail de ces applications, avons-nous cru devoir jeter un coup d'œil d'ensemble sur la théorie de l'immutabilité des conventions matrimoniales en présentant une explication sommaire et générale de l'article 1395. A cet effet, nous répondrons aux trois questions suivantes :

1° Quelles sont les conventions matrimoniales ?

2° Quand y a-t-il changement aux conventions matrimoniales ?

3° A quelle époque les changements sont-ils définitivement prohibés ?

Les réponses feront l'objet de trois paragraphes.

PARAGRAPHE PREMIER

Quelles sont les conventions matrimoniales ?

La notion des conventions matrimoniales se relie intimement à la rubrique du titre V du livre III du Code civil : *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*. On ne comprendrait pas plus des conventions matrimoniales sans un contrat de mariage, exprès ou tacite, qu'on ne pourrait s'imaginer un contrat de mariage qui ne s'occuperait pas des droits respectifs des époux après la célébration. Les conventions matrimoniales sont donc contenues dans le contrat de mariage. Or la meilleure définition du contrat de mariage, à notre sens, résulte du texte même de l'article 1387. C'est l'ensemble des conventions qui régissent l'association conjugale quant aux biens. Quel est donc l'objet de ces conventions relatives aux biens ? Et pourquoi s'imposent-elles à l'occasion du mariage ?

Nous allons d'abord donner une idée générale de ces conventions et en montrer l'utilité ; nous pourrions ensuite distinguer facilement les conventions matrimoniales de celles qui ne le sont pas.

L'association conjugale soumet les époux à certaines obligations que la loi détermine et qui constituent les charges du mariage. C'est ainsi qu'ils sont obligés de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ; que le mari

doit fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Or, comment et dans quelle mesure devront-ils satisfaire à ces obligations ? Voilà où apparaît la nécessité d'une association de biens à côté de l'association des personnes, d'un règlement pécuniaire destiné à résoudre cette question des charges du mariage. Tel sera l'objet immédiat du contrat de mariage ; telles seront les premières conventions matrimoniales.

Mais il faut aller plus loin. Le mariage va placer la femme dans une situation particulière, que la loi aura soin de régler, et qui variera suivant les temps, les mœurs et les législations. Dès lors, à quelle réglementation seront soumis ses biens ? La réponse dépend évidemment de la condition qui est faite à la femme dans le mariage. Si, comme il est d'usage aujourd'hui, la condition de la femme est inférieure à celle du mari, si sa capacité juridique est subordonnée, dans une certaine mesure, à la volonté maritale, il va falloir se demander si elle conservera ou non l'administration ou la disposition de ses biens, ou si ces droits sur son patrimoine ne doivent pas recevoir certaines limitations. C'est encore le contrat de mariage qui fournira la solution de ces questions et ses décisions, à cet égard, seront des conventions matrimoniales.

Enfin, cette association de biens entre époux va conduire encore à d'autres conséquences. N'est-il pas possible que chacun des époux acquière, en cette qualité même d'époux, certains droits particuliers sur les biens de l'autre ? que, par exemple, certains biens deviennent

indivis entre les deux conjoints et forment une masse commune, composée et réglementée suivant des lois tracées d'avance? Voilà des conséquences que les mœurs ont introduites dans certaines législations et notamment dans la nôtre; c'est encore dans le contrat de mariage, et à titre de conventions matrimoniales, qu'il faudra s'en occuper (1).

Il ressort de ces considérations qu'il faut entendre par conventions matrimoniales, toutes celles qui sont relatives à la situation pécuniaire des époux pendant leur union, soit quant aux charges du mariage, soit quant à la composition des patrimoines, soit enfin en ce qui concerne les droits et pouvoirs des époux sur les biens, en un mot, les conventions matrimoniales ne sont que la conséquence, au point de vue pécuniaire, des dispositions que le Code civil a tracées, au point de vue moral, sur les droits et devoirs des époux.

Nous pouvons, maintenant entrer dans le détail et rechercher quelles conventions sont ou ne sont pas matrimoniales.

I. — *Sont conventions matrimoniales :*

1^o Le régime adopté par les époux.

Ils ont, à cet égard, pour fixer les clauses de leur régime, une liberté plus large, sous un certain rapport, que pour les conventions ordinaires; car ils peuvent y insérer des pactes sur succession future, des conditions

1. M. Bufnoir, à son cours.

d'association prohibées par le droit commun des sociétés, etc. Les conjoints peuvent aussi s'en tenir, dans leur contrat de mariage, aux modèles de régime que leur offre la loi ; il faut même ajouter qu'ils ont la faculté de ne pas faire de contrat de mariage, auquel cas ils se trouvent mariés sous le régime de la communauté légale (art. 1393). Mais alors s'élève la question de savoir si la loi leur impose d'autorité ce régime, ou si les époux ne sont pas plutôt considérés comme l'ayant accepté tacitement, en renonçant à faire un acte notarié.

Nous pensons que c'est en ce dernier sens qu'il faut interpréter l'article 1393 ; l'abstention des époux relativement à leur contrat de mariage équivaut à un acquiescement tacite au régime de communauté, qui forme le droit commun.

Dumoulin, le premier, admit cette opinion, et après lui Lebrun et Pothier ; nous ne croyons pas que les rédacteurs du Code aient voulu s'en écarter. Ils ne font, en effet, aucune distinction entre la communauté légale expressément stipulée, et celle qui s'établit à défaut de contrat. L'article 1496 dispose même que l'avantage qui pourrait résulter, au profit de l'un des époux, de la confusion du mobilier et des dettes, serait à considérer comme une donation, du moins à l'égard des enfants d'un premier lit, qui auraient le droit d'exercer au besoin l'action en réduction. Ainsi voilà des conséquences naturelles de la communauté, avec ou sans contrat, qui sont réputées de véritables donations dans l'hypothèse prévue au texte ; nous avons donc raison de dire que le régime tout entier n'est que l'expression de la volonté tacite

des époux, lorsqu'ils n'ont pas fait de contrat de mariage.

2° Les conséquences du régime.

C'est dans cette catégorie qu'il faut ranger : les clauses qui déterminent dans quelle proportion les époux supporteront les charges du mariage; les règles sur la composition des patrimoines et sur la condition des biens dans le régime; les droits et pouvoirs que les époux doivent avoir sur les biens de l'un ou de l'autre; enfin, tout ce qui concerne la liquidation du régime après la dissolution, restitution des biens, partage, etc.

3° Les donations et constitutions de dot faites dans le contrat de mariage aux époux, soit par l'un des deux à l'autre, soit par des tiers.

L'intérêt de savoir si ces donations et constitutions de dot sont des conventions matrimoniales, consiste en ce que, suivant la solution donnée, elles seront soumises ou échapperont à l'application du principe de l'immutabilité, posé dans notre article 1395. On a soutenu qu'elles devaient y échapper, comme n'étant pas de véritables conventions matrimoniales. Mais tel n'est pas notre sentiment et nous allons essayer de prouver que la solution contraire est conforme tout à la fois à la notion même des conventions matrimoniales, à la tradition, et aux textes du Code.

Dans quel but interviennent ces libéralités? Elles seront faites le plus souvent pour aider les époux à supporter les charges du mariage et pour constituer le patrimoine de la future famille. Elles pourront, en outre, avoir pour objet d'assurer au survivant des époux une

situation pécuniaire analogue à celle dont il a joui pendant le mariage. Enfin, elles tiennent de si près au mariage, que parfois elles en sont une condition *sine qua non*. Est-il donc possible de nier que ces donations et constitutions de dot rentrent dans la définition que nous avons donnée des conventions matrimoniales? Nos anciens auteurs ne conservaient aucun doute sur ce point. Pothier notamment, s'expliquant sur la nature des conventions matrimoniales, s'exprime ainsi (1) : « Un second caractère, qui est propre aux conventions matrimoniales et aux donations portées par les contrats de mariage, est qu'aussitôt qu'elles sont confirmées par la célébration du mariage qui a suivi le contrat, il n'est plus permis aux parties d'y déroger en rien, même par leur consentement mutuel ». Enfin, les textes du Code confirment cette solution ; la combinaison des articles 1095, 1309 et 1398 en fournit la preuve décisive. L'article 1398, en effet, décide que le mineur habile à contracter mariage, est habile à passer toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, pourvu qu'il ait été assisté des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour la validité de son mariage ; et le texte a soin de mettre les donations intervenues dans le contrat sur la même ligne que les autres conventions. L'article 1398 suffirait à lui seul pour assurer notre démonstration ; mais elle devient irréfutable en présence des articles 1095 et 1309 qui ne font du reste que reproduire la disposition de l'article 1398. L'article 1095 vise l'hypothèse où le mineur veut gratifier son

1. Pothier, *Introduction au traité de la communauté*, n° 18. — V. encore Serres, *Inst. de dr. fr.* Liv. 2, tit. 4.

conjoint, soit par donation simple soit par donation réciproque; il s'agit donc ici de donations par contrat de mariage, *entre futurs époux*. Quant à l'article 1309, sa disposition plus générale comprend *toutes les conventions* portées dans le contrat de mariage du mineur, ce qui s'applique non seulement aux donations que le mineur fait à son futur conjoint ou reçoit de lui, mais encore à celles qui lui sont faites par les tiers à titre de constitution de dot. On peut encore invoquer dans le même sens, l'article 1396 qui permet aux futurs époux de changer leurs conventions matrimoniales, dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration, sous certaines conditions; il exige notamment la présence et le consentement simultanément de toutes les personnes qui ont été *parties* dans le contrat de mariage. Or les travaux préparatoires rangent parmi ces parties, tous ceux, ascendants et étrangers, qui font dans le contrat des donations aux futurs époux, et tous les auteurs modernes admettent cette interprétation (1). L'effet ne sera pas le même sans doute, suivant que le donateur qui refuse d'accéder au changement est un ascendant dont le consentement est nécessaire pour le mariage, ou un étranger; mais peu importe au point de vue qui nous occupe, puisque l'étranger est lui-même partie au contrat de mariage, et que, par une conséquence nécessaire, la donation qu'il a faite est une convention matrimoniale.

Il nous est facile à présent, de réfuter deux autres sys-

1. Discours de Berlier, Loqué, T. 13, p. 173; Laurent, T. 21, n° 95; Aubry et Rau, T. 5, p. 260.

tèmes qui ont été proposés sur notre question. Le premier soutient que les donations par contrat de mariage ne sont pas plus des conventions matrimoniales que les donations ordinaires. Le seul fait de leur insertion dans le contrat de mariage, ne saurait dit-on, leur imprimer ce caractère autrement elles tomberaient sous la prohibition de l'article 1395, et comment concilier l'immutabilité avec la faculté de faire ces donations sous condition potestative ? Nous répondons que les donations par contrat de mariage ne sont pas révocables *ad nutum* comme les donations entre époux ; que le donataire acquiert un droit irrévocable dont l'émolument seul est incertain par l'effet de la condition simplement potestative adjointe à la donation ; et qu'enfin cette incertitude constituant le caractère essentiel de ces sortes de donations, ne peut être envisagée comme une violation de l'article 1395. On insiste et on dit que, les époux étant en principe capables de faire entre eux ou avec des tiers toutes sortes de contrats, les époux pourront toujours facilement anéantir la donation, par exemple en gratifiant le donateur d'une valeur égale, ou en lui faisant remise de son engagement. Mais nous verrons plus tard qu'il y a lieu de distinguer entre les actes permis entre époux et ceux qui s'attaquent au principe de l'immutabilité ; notre démonstration sera alors complète. Les premiers sont valables, les autres nuls.

Un second système reconnaît que les donations entre futurs conjoints sont des conventions matrimoniales, partant immuables ; mais à l'égard des tiers il en est différemment. Quand un tiers constitue une dot à l'un des futurs époux, par contrat de mariage, l'acte, dit-on dans

cette opinion, se décompose : le tiers fait une donation à l'époux gratifié et celui-ci se la constitue en dot à l'égard de son conjoint. Cette dernière partie de l'acte est seule une convention matrimoniale irrévocable ; mais la donation du tiers reste dans le droit commun et n'est pas soumise au principe de l'article 1395. Seulement, si l'époux donataire faisait remise au tiers donateur, il n'en resterait pas moins tenu envers son conjoint, comme débiteur de la constitution de dot.

Nous avons déjà répondu à cette argumentation, en faisant remarquer que, par une affinité naturelle d'idées, le tiers donateur était considéré comme partie au contrat de mariage, et que sa donation devient, par suite, une convention matrimoniale.

II. — En sens inverse, il peut se trouver dans le contrat de mariage des clauses qui ne soient pas des conventions matrimoniales. Rien n'empêche en effet, les futurs époux ou les tiers qui sont parties au contrat de mariage de profiter de la forme notariée de l'acte pour y insérer des dispositions qui n'ont aucun rapport avec les conventions matrimoniales proprement dites. Il résulte de là tout d'abord que ces dispositions ne bénéficieront pas des règles exceptionnelles du contrat de mariage auxquels nous avons fait allusion tout à l'heure ; mais surtout qu'elles ne seront pas soumises à l'application du principe de l'immutabilité.

Les tribunaux ont eu quelquefois à se prononcer sur la difficulté de savoir si telle ou telle convention insérée dans le contrat de mariage, est ou n'est pas matrimoniale. Dans certains cas, la solution s'impose. Ainsi le contrat

de mariage porte que les époux habiteront avec leurs beaux parents ou que le beau-père de l'un d'eux touchera les revenus du travail des époux, à la charge de les nourrir et entretenir, eux et les enfants nés du mariage. La Cour de Bordeaux (1) n'a pas hésité à refuser à cette sorte d'association le caractère d'une convention matrimoniale, et à reconnaître, par suite, la validité d'une convention postérieure, par laquelle les contractants se relevaient mutuellement de leurs obligations. Il s'agissait, en effet, dans l'espèce, non d'une clause matrimoniale touchant à la constitution du régime ou à ses conséquences, mais d'un contrat étranger, inséré dans le contrat de mariage, à côté des conventions matrimoniales.

Telle serait encore la disposition, par laquelle les père et mère profiteraient du contrat de mariage d'un de leurs enfants pour faire entre lui et ses frères et sœurs, la distribution et le partage de leurs biens (2).

Mais il peut y avoir d'autres cas où le caractère de la convention ne se révèle pas aussi clairement. Nous citerons, à titre d'exemples, deux hypothèses qui se sont présentées dans la pratique :

Par contrat de mariage, la future épouse donne à ferme tous ses immeubles à ses père et mère, puis, quelque temps après la célébration, elle obtient l'autorisation de son mari de leur faire remise du prix du bail. Ce bail rédigé dans le contrat de mariage est-il une convention matrimoniale ? Si oui, la remise du prix est nulle, comme violant l'article 1395 ; si non, elle reste valable. La

1. Bordeaux, 26 juillet 1838, Dalloz 39, 2, 51.

2. Lyon, 30 novembre 1874, Sirey 76, 2, 328.

cour de Nîmes a jugé dans le premier sens (1); mais tous les auteurs s'accordent à critiquer cet arrêt. Un bail n'a rien de commun avec les dispositions fondamentales d'un contrat de mariage. Au lieu de cultiver eux-mêmes et de récolter des fruits naturels, les époux recueillent, grâce au bail, des fruits civils. Pourquoi une telle convention, qui peut intervenir après le mariage et se trouver soumise aux causes ordinaires de résiliation et de révocation, deviendrait-elle immuable, par le seul fait de son insertion dans le contrat de mariage?

La même solution doit être donnée dans l'hypothèse suivante :

Le contrat de mariage contient l'établissement d'une société commerciale entre époux. Supposons qu'une telle convention soit valable ; nous discuterons plus tard sur ce point ; la femme pourra-t-elle au cours du mariage, renoncer à cette société ? Non, si ce contrat fait partie des conventions matrimoniales. C'est ce qu'a décidé la Cour de Nîmes dans un arrêt du 25 frimaire, an XII (2). Mais les raisons que nous venons d'invoquer dans l'hypothèse du bail militent ici avec une force égale. De plus la règle de l'immutabilité conduirait à cette conséquence absurde que les époux ne pourraient rompre leur société, même sous la menace grandissante d'une prochaine faillite.

La vérité est que tous ces contrats de droit commun, bail, société, prêt, dépôt etc. bien que relatés dans un contrat de mariage et destinés à régler certaines situations pécuniaires entre époux, restent néanmoins soumis

1. Nîmes 7 février 1852. Dalloz, 55, 5, 112.

2. Dalloz, au mot *Contr. de mariage*, n° 338.

à leurs règles propres et ne sont pas de véritables conventions matrimoniales. Il faut réserver ce nom à celles qui ont pour but de régler les droits donnés par le contrat de mariage aux époux en leur qualité même d'époux et qui sont de nature à faire partie de la législation du mariage au point de vue des obligations et des conséquences pécuniaires qu'il entraîne. Toutes les autres conventions fussent-elles la condition même du mariage, ne rentrent pas dans la catégorie des conventions matrimoniales.

Observation. — En supposant que les clauses du contrat de mariage offrent tous les caractères exigés pour être des conventions matrimoniales, il faut encore rechercher si elles existent réellement, ou si elles ne sont pas entachées des vices de simulation ou de fraude. Dans ce dernier cas, les époux ou les tiers peuvent les faire déclarer nulles, sans qu'il en résulte aucune atteinte à l'article 1395 ; car le but poursuivi n'est pas de les changer, mais de reconnaître ce qu'elles étaient en réalité au jour où elles ont été faites.

Ainsi le contrat de mariage constate un apport qui n'a pas été fait, ou donne une quittance simulée de la dot, autant de causes de nullité que la jurisprudence n'hésite pas à reconnaître (1).

Mais comment démontrer la fausseté de ces déclarations ? Feront-elle preuve jusqu'à inscription de faux,

1. Cass. 31 juillet 1833 ; Sirey 33, 1, 840 ; Toulouse 15 mars 1834 ; Sirey 34, 1, 537 ; Paris 24 février 1865 ; Sirey 66, 2, 144 ; Cass. 21 février 1882 ; Dalloz 82, 1, 127 ; Cass. 22 août 1882 ; Sirey, 83, 1, 25 ; Cass. 7 mai 1884 ; Sirey 85, 1, 28.

ou ne sont-elles que de simples présomptions, pouvant être combattues par la preuve contraire? C'est cette dernière solution qui a triomphé en doctrine et en jurisprudence; elle est conforme aux principes généraux en matière de simulation et de fraude (1).

PARAGRAPHE II

Quand y a-t-il changement aux conventions matrimoniales?

Il ne faudrait pas considérer comme un changement aux conventions matrimoniales, dans le sens de l'article 1395, toute modification quelle qu'en soit la cause, qui viendrait augmenter ou diminuer le patrimoine des époux pendant le mariage; l'immutabilité ne consiste pas dans l'immobilisation des biens. Nous verrons, dans un instant, que le mariage n'enlève pas aux époux la capacité de contracter et de recevoir; d'où cette conséquence parfaitement légitime que la quotité des biens existant au moment de la célébration, peut subir des variations au cours du mariage, sans qu'il y ait pour cela changement aux conventions matrimoniales.

D'un autre côté, les biens que les époux apportent pour subvenir aux charges du mariage, ne sont généralement pas soumis aux mêmes règles que ceux qu'ils n'ont pas consacrés à cet usage, et qu'ils se réservent pour eux-mêmes: c'est ainsi que, sous la communauté, on distingue

1. Cass. 2 mars 1852; Sirey 52, 1, 262; Rouen 23 décembre 1871; Sirey 72, 2, 101, — Aubry et Rau, T. 5, p. ; 259, Guillouard T. I, n°328.

les communs et les propres, et sous le régime dotal, les dotaux et les paraphernaux. Les biens communs d'une part, et de l'autre les biens dotaux, constituent la dot, à proprement parler. Eh bien ! nous disons que cette dot peut se trouver augmentée pendant le mariage, en dehors de l'hypothèse précédente, sans qu'il y ait eu changement prohibé. C'est ce qui aura lieu, quand l'augmentation se fera naturellement, ou lorsqu'elle résultera du contrat de mariage lui-même. Quelques mots d'explication, sur chacun de ces points,

1^o Bien que l'article 712 indique l'accession comme un mode distinct d'acquérir la propriété, il n'en est pas moins vrai qu'elle constitue plutôt un développement ou une conséquence normale du droit de propriété ; c'est du reste le point de vue auquel s'est placé le législateur lui-même, au titre de *la Propriété*. (art. 551 et s.) Donc, toutes les augmentations ou diminutions provenant de l'accession, modifieront nécessairement la quotité de la dot, sans que le principe de l'article 1395 reçoive d'atteinte. Tel sera, notamment, l'effet de l'alluvion (art. 556 et 557) ou de la formation des îles et attérissements dans les rivières non navigables ou flottables (art. 561.)

Il en sera de même encore des constructions ou améliorations faites sur un fonds propre ou sur un fonds dotal. Elles deviendront propres ou dotales sauf récompense. On applique ici l'ancienne règle romaine : *Superficies solo cedit* (1). Divers arrêts ont été rendus en ce sens (2).

1. Gaïus, *Comm.* II, § 73.

2. Cass. 29 août 1860 ; Sirey 61, 1, 9 ; Cass. 9 août 1870 ; Dalloz 71, 1, 156 ; Cass. 10 juin 1885 ; Dalloz 86, 1, 205.

La jurisprudence tire cette conséquence que l'architecte qui a fait les constructions, et le tiers qui lui aurait prêté de l'argent, ne pourront invoquer le privilège créé par l'article 2103, 4^o et 5^o (1).

Tous ces effets de l'accroissement relativement aux constructions ont été contestés, par cette raison que les époux auraient ainsi la faculté d'augmenter la dot pendant le mariage, et de rendre inaliénables, sous le régime dotal, des biens qui ne devraient pas l'être. Les uns ont donné aux créanciers le droit de se faire payer sur l'accroissement de revenu apporté à l'immeuble dotal, et même d'enlever du sol, si la chose est possible, les améliorations ou constructions, pour exercer leurs droits sur la valeur de ces objets séparés. D'autres, reconnaissant que la dot s'est accrue, la soumettent néanmoins à l'action *de in rem verso*. Nous croyons que les principes du régime dotal s'opposent à ces solutions.

L'inaliénabilité dotale provient d'une incapacité spéciale de la femme sous ce régime ; elle ne peut donc, en principe, s'obliger pendant le mariage, sur ses biens dotaux. Cette règle qui reçoit exception pour les délits et quasi-délits, s'applique sans réserve aux contrats. Pour les quasi-contrats, on distingue si elle devient débitrice par un acte qui dépend ou non de sa volonté. Par exemple, elle n'engage pas ses biens dotaux, si elle gère l'affaire d'autrui ; mais si on gère la sienne, la dot se trouve obligée. C'est donc seulement, dans ce der-

1. Toulouse, 26 février 1855 ; Dalloz 56, 2, 273.

nier cas, que le tiers constructeur pourra se faire payer sur le bien dotal (1).

2° Le patrimoine des époux peut encore s'augmenter par suite des dispositions du contrat de mariage, sans tomber sous l'application du principe de l'article 1395. Si nous supposons, en nous plaçant encore sous le régime dotal que la femme s'est constitué en dot un immeuble dont un tiers a l'usufruit, l'extinction de ce droit peut augmenter légitimement la dot. Mais il faut pour cela que l'usufruit s'éteigne par un mode naturel, comme la mort de l'usufruitier, l'expiration du terme, etc.; car la renonciation que ferait l'usufruitier en faveur des époux fût-elle à titre onéreux, rentrerait dans les changements prohibés par l'article 1543. Que si la femme, se mariant en communauté, déclarait dans son contrat de mariage, ameubler un immeuble dont un tiers a l'usufruit, *tout* mode d'extinction de l'usufruit, enrichirait la communauté. L'article 1395 en effet ne s'applique pas aux tiers. Nous nous expliquerons plus tard, en comparant les articles 1543 et 1395, sur le motif de cette différence entre les deux régimes.

Voici une autre hypothèse où les biens propres ou dotaux pourront être augmentés par l'effet des conventions matrimoniales. Pour plus de facilité, nous nous placerons sous le régime de communauté; l'application sous le régime dotal se fera mieux ensuite. Nous nous efforcerons d'ailleurs d'être bref sur cette question, qui prêterait à des développements considérables. Au moment du maria-

1. Marcadé, art. 1543; Rodière et Pont, T. 3 n° 1683; Bertauld, *Questions pratiques*, n° 636; Aubry et Rau T. 5, p. 535.

ge un des époux se trouve appelé, concurremment avec d'autres héritiers, à une succession qui se compose à la fois de meubles et d'immeubles. Pour savoir quels biens entreront en communauté, faudra-t-il s'en rapporter aux effets du partage, ou ne convient-il pas de décider immédiatement, avant tout partage, que la communauté a droit à la portion indivise qui revient au conjoint cohéritier, dans la partie mobilière de la succession ?

Dans notre ancien droit Lebrun (1) s'était arrêté à ce dernier parti, et un certain nombre d'auteurs l'adoptent encore de nos jours. Cette doctrine se soutient, du reste par des raisons assez graves.

Pour la combattre, disent ses partisans, il faut invoquer l'article 883, sur l'effet rétroactif du partage. Or, cette règle n'est pas applicable dans notre hypothèse. Elle ne constitue, en effet, qu'une fiction introduite dans nos lois, *contra rationem juris*, pour empêcher certaines fraudes que pourrait commettre un cohéritier contre les autres, en grevant par exemple sa part indivise, d'hypothèques ou de servitudes. Mais si l'effet déclaratif du partage peut être opposé par un co-partageant à ses co-partageants ou à leurs ayant-cause, il ne peut être opposé par lui à ses ayant-cause personnels, la fiction de la loi devant être restreinte aux cas pour lesquels elle a été créée. Or la communauté est un ayant-cause de l'époux co-partageant. On fait valoir, en outre, cette considération que l'application de l'article 883 permettrait à l'é-

1. *De la Communauté*, ch. 5, n° 78 à 81.

poux cohéritier de modifier les conventions matrimoniales, en se concertant frauduleusement avec ses cohéritiers. Enfin, on fait remarquer qu'il est impossible de pousser cette solution de l'article 883 jusqu'à ses dernières conséquences. Si l'on suppose en effet la licitation d'un immeuble de la succession, et l'adjudication faite précisément au cohéritier du mari, ira-t-on jusqu'à dire que la somme d'argent représentative de la part du mari dans l'immeuble, tombera dans la communauté ? C'est alors que le principe de l'immutabilité recevrait une grave atteinte (1).

Malgré la force de ces arguments, nous suivrons l'opinion contraire. Elle était déjà défendue par Pothier(2) qui la déclarait seulement inapplicable au cas précité d'une licitation et décidait que la somme d'argent fournie à l'époux par l'adjudicataire n'entrerait pas en communauté, si ce n'est à charge de récompense. Cette solution est, selon nous, la plus juridique, mais nous ne croyons pas qu'on puisse la fonder uniquement sur l'article 883. Il faudra tenir compte de l'intention des parties dans leur contrat de mariage.

De quoi s'agit-il en effet ? D'interpréter la convention qui établit le régime de communauté. Or cette convention veut que les meubles possédés, avant la célébration du mariage, soient communs et les immeubles propres. Si les époux ont fait un contrat de mariage, ils ont entendu

1. Aubry et Rau, T. 5, § 507, p. 285 et T. 6, § 625, p. 567 ; Laurent, T. 24, n° 233.

2. Pothier, *Commun.* n° 100.

sans doute mettre les meubles en communauté, parce que la confusion en est inévitable, et qu'il serait impossible de distinguer à quel époux ils appartiennent. S'il n'y a pas de contrat de mariage, les meubles seront encore communs, parce que aucun acte ne peut être fourni pour en constater l'existence. Nous pensons donc que, dans le cas spécial qui nous occupe, les époux ont entendu se référer à l'évènement du partage, pour déterminer ce qui tombera ou non dans la communauté. L'application de l'article 883 se fera en conséquence, par interprétation du contrat de mariage et non comme s'il s'agissait d'un texte impératif.

Quant à l'objection tirée des fraudes qui peuvent être commises, on oublie que le conjoint et les créanciers de l'époux héritier, ont le droit d'intervenir au partage. (art. 882). Que décider maintenant, si un immeuble indivis est licite et que le co-propriétaire du conjoint se porte adjudicataire? Nous suivrons encore la solution de Pothier, et nous dirons que la somme d'argent qui représente la part du conjoint héritier, sera propre, et ne tombera dans la communauté, qu'à charge de récompense. On voit que nous ne poussons pas notre doctrine à l'extrême, et c'est le reproche que nous adressent nos adversaires. Mais nous répondons qu'il est impossible, en ce cas, de s'attacher à l'évènement du partage, parce que la somme d'argent dont il s'agit n'a jamais fait partie de la masse héréditaire. Il est bien vraisemblable du reste, que les rédacteurs du Code ont entendu suivre Pothier, leur guide habituel.

C'est dans les notes prises au cours de notre savant

maître, M. Bufnoir, que nous avons trouvé les arguments que nous venons d'exposer (1).

Nous pouvons à présent, définir les changements : toutes conventions par lesquelles les futurs époux ou les époux modifieraient les clauses de leur contrat de mariage, lorsqu'elles ont le caractère de conventions matrimoniales. Il faut donc que le changement résulte de la volonté des époux ; mais il n'est pas nécessaire qu'il soit de leur part intentionnel ; leur erreur à cet égard n'empêcherait pas le changement d'exister. Par exemple, si des époux croyant leur mariage nul en contractent un second, et font un nouveau contrat de mariage, l'article 1395 se trouve violé et le premier contrat de mariage sera seul maintenu.

Les changements porteront d'ailleurs, comme les conventions matrimoniales elles-mêmes, sur le régime, sur les conséquences du régime, et sur les donations ou constitutions de dot que reçoivent les époux dans leur contrat de mariage.

Nous disons que la prohibition de changer les conventions matrimoniales s'applique aux futurs époux. Cela veut dire qu'ils ne peuvent se réserver, dans leur contrat de mariage, le droit de les modifier après la célébration. Le principe de l'immutabilité est en effet, d'ordre public et s'applique avec rigueur. D'ailleurs les motifs sur lesquels est fondée la prohibition s'opposent aussi bien aux changements prévus dans le contrat qu'à ceux qui seraient

1. Dans le même sens, Rodière et Pont, t. I, n° 317 ; Guillouard, t. 1, n° 373. — Cass. 11 déc. 1850, Sirey 51, 1, 253 ; Caen, 28 août 1880, Sirey, 81, 2, 113.

conçus postérieurement au mariage. La question avait dû soulever quelques doutes dans l'ancien droit, car il existe un arrêt contraire du 27 juillet 1634 (1); mais les anciens auteurs sont unanimes dans le sens de l'application du principe de l'immutabilité. Dumoulin (2), Lebrun (3) et Pothier (4) se prononcent formellement à cet égard: « Les conventions matrimoniales, dit Pothier, sont tellement irréformables que les parties ne peuvent pas, par leur contrat de mariage, se réserver la faculté de changer ou de réformer quelque'une des dites conventions. » Aujourd'hui la même solution est imposée par l'article 1388, aux termes duquel les époux ne peuvent déroger aux règles prohibitives du Code civil.

Lorsque le changement intervient au cours du mariage il peut se produire sous deux aspects différents. Tantôt il sera contenu directement dans une déclaration écrite; tantôt il résultera d'un acte juridique passé par les époux.

1° Les changements écrits étaient appelés *contre-lettres* dans notre ancien droit, qui distinguait les contre-lettres *explicatives*, *additionnelles* et *modificatives*. Les premières étaient tenues pour valables, les secondes étaient admises sauf par Pothier qui prohibait, sans distinction, toutes nouvelles conventions matrimoniales pendant le mariage; les troisièmes étaient nulles, par application du principe de l'immutabilité. Aujourd'hui, les dispositions écrites qui

1. Louet, *Let. M. Som.* 4, 5.

2. *Sur l'art. 110 de la Coutume de Paris*, n° 4.

3. *Traité de la communauté*, ch. 3, p. 9

4. *Introduction au Traité de la communauté*, n° 49.

tendent à ajouter quelque chose aux conventions matrimoniales sont aussi nulles que celles qui ont pour but de les modifier. Quant aux actes interprétatifs des conventions matrimoniales, ils sont permis aux époux, mais ils n'ont qu'une autorité de raison ; ils ne lient pas le juge qui reste maître de rechercher, si sous le prétexte d'expliquer les dispositions de leur contrat de mariage, les époux n'ont pas voulu en réalité y apporter une modification ; ils ne lient pas non plus les parties qui pourront toujours convenir que les clauses explicatives précédentes n'interprètent pas avec assez d'exactitude le sens de telle convention matrimoniale (1).

2° Les changements peuvent se trouver compris dans les actes juridiques que font les époux au cours du mariage. Il est, en effet, généralement reconnu que l'union des époux et l'adoption d'un régime ne leur enlèvent pas le bénéfice de droit commun, formulé dans l'article 1123, aux termes duquel toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. Autrement, pourquoi l'article 1395 défendrait-il les ventes entre époux ? Ce qu'il nous importe de remarquer ici, c'est que ces contrats entre époux peuvent porter atteinte au principe de l'article 1395. Une sorte de contradiction se manifeste entre la prohibition qu'il édicte et la liberté laissée aux époux de contracter. Quand devra-t-on annuler les modifications que ces contrats peuvent apporter à la composition des patrimoines ? Quand faudra-t-il les maintenir ? On a proposé de subordonner la liberté des

1. Limoges, 13 juillet 1878, Sirey 78, 2, 269.

époux à l'inflexibilité de la prohibition de l'article 1395; on a défendu, par exemple, la renonciation que ferait l'un des époux à une récompense qui lui serait due, ou la donation que l'un des époux ferait à l'autre d'un bien commun. D'autres auteurs, en plus grand nombre, soutiennent que de pareils actes ne sont pas, par eux-mêmes, des changements prohibés, mais qu'en présence d'une modification du patrimoine, il faut se préoccuper de l'intervention des parties. Nous ne pouvons croire que l'intention des époux contractants soit un *criterium* suffisant pour trancher la difficulté.

Ce que le Code défend, ce n'est pas la volonté de changer, c'est le changement. Il vaut donc mieux, rechercher dans chaque cas particulier, s'il y a ou non, modification aux clauses du contrat de mariage. Tenir compte de l'intention des parties, c'est admettre la nullité de l'article 1395 pour cause d'erreur; c'est en faire dépendre l'application de la bonne ou de la mauvaise foi des époux. C'est donc à la sagesse des magistrats qu'il convient de s'en rapporter; ils devront, dans le choix à faire entre deux principes contradictoires, tenir la balance exacte et déterminer avec mesure, la part qui revient à la liberté des conventions, et celle qu'on doit assurer à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

PARAGRAPHE III

§ 3. — *A quelle époque les changements sont-ils définitivement prohibés?*

L'article 1395 répond d'une façon indiscutable. Le point de départ du régime matrimonial, l'instant précis

où l'on doit faire l'application rigoureuse du principe de l'immutabilité, c'est la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. Ceci n'est pas contredit par l'article 1399 qui fait commencer la communauté légale ou conventionnelle du jour du mariage.

Il serait particulièrement bizarre et contraire aux motifs dont la loi base le principe de l'immutabilité dans tous les régimes que la communauté commençât à la première heure du jour où le mariage s'accomplit, et que le point de départ des autres régimes fût l'instant de la célébration du mariage. L'article 1399 est la reproduction de l'article 220 de la Nouvelle Coutume de Paris, disposant que « commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale. » Cette règle avait été admise lors de la révision de la Coutume pour abroger cet ancien précepte que le mariage n'existait que lorsqu'il était consommé, et en vertu duquel les coutumes ne faisaient commencer la communauté qu'au moment du coucher des époux ou même au lendemain du mariage (1). Le Code civil a adopté le même point de vue que la Coutume de Paris : « *Nuptias consensus facit, non verro concubitus*; » de là cette similitude de termes entre l'article 1399 et l'article 220 de la Coutume. Le rapport du tribun Duveyrier (2) contient cette phrase qui ne peut laisser place à aucune équivoque : « Toute communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence avec le mariage, quelle que soit d'ailleurs la convention des parties. »

1 V. à titre d'exemple : Cout. de Nivernais, tit. 23, art. 2 de Berri, art. 7, de Sens, art. 272, de Bourgnogne, art. 21.

2. Loaré, t. XIII, p. 344.

Une application immédiate de principe de l'article 1393 c'est l'obligation pour les parties, si elles désirent faire un contrat de mariage, d'en rédiger les clauses avant la célébration. Puisqu'on défend aux époux de changer leurs conventions matrimoniales pendant le mariage, il fallait nécessairement leur réserver le temps qui précède la célébration pour élaborer les clauses du contrat de mariage auquel ils désirent se soumettre; dans le cas où ils ne prennent aucune décision, la loi sous-entend légitimement que les époux s'en rapportent à elle du soin de régler leurs conventions matrimoniales, qu'ils adoptent le régime qu'elle voit avec le plus de faveur, celui de la communauté légale.

Cette conséquence de notre règle de l'immutabilité est énoncée dans l'article 1394, ainsi conçu : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées avant le mariage, par acte devant notaire ». Il est unanimement reconnu que la rédaction comprend l'apposition des signatures des parties sur l'acte. Il n'y a pas de difficulté à ce sujet, non plus que sur la question de bonne foi des époux dans l'hypothèse suivante qui s'est présentée plusieurs fois en pratique : deux époux croient que le mariage qu'ils ont contracté en pays étranger est nul pour défaut de forme ; en réalité le mariage est valable ; ils se marient une seconde fois en France et font précéder leur union d'un contrat pécuniaire ; ce contrat ne peut être opposé aux tiers, soit antérieurs, soit même postérieurs à la deuxième célébration du mariage (1).

1. Cass. 23 août 1826, Dalloz, *Contr. de mar.* n° 386 ; Villefran-

L'article 1394 dit que la rédaction des conventions matrimoniales doit être faite par acte notarié. On peut se demander pourquoi cette forme est exigée par la loi. Nous pensons que c'est pour trois motifs principaux : D'abord, l'intervention du notaire est toujours utile, sinon nécessaire, pour éclairer les parties, si souvent inexpérimentées, sur un des actes les plus compliqués, les plus graves de la législation. Ensuite l'acte notarié sert de sanction à l'article 1395 ; non pas seulement au point de vue de l'antidate, danger qui eût pu être conjuré au moyen de l'obligation de donner date certaine à l'acte sous seing privé par l'enregistrement, mais encore à cause des garanties que présente, pour la conservation de l'écrit, le séjour de l'acte dans l'étude du notaire. Un acte sous seing privé, confié à des parties négligentes ou disposées à la fraude, eût été trop aisément détruit ; à quoi eût alors servi son authenticité, devant la nécessité souvent prévue par la mauvaise fois des deux époux, de revenir au régime de communauté légale ? Enfin, le contrat de mariage est une convention d'une nature spéciale dont les effets, contrairement au droit commun en matière de contrats, sont opposables aux tiers. Les rédacteurs du Code en écrivant l'article 1394 ont certainement songé à l'intérêt des tiers, en prescrivant la forme notariée du contrat de mariage.

Dans l'intervalle qui sépare les deux contrats, des changements peuvent être apportés aux conventions matrimo-

che, 4 juillet 1879 ; Lyon, 28 février 1880 et Cass. 14 décembre 1880, Dalloz, 81, 1, 310.

niales, puisque le point de départ de leur immutabilité est le moment où le mariage est célébré. Toutefois comme le contrat de mariage émane de l'accord de plusieurs volontés et qu'il importe d'éviter des fraudes, la première condition qui s'impose pour la validité de ces changements antérieurs, c'est qu'ils soient autorisés par toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. Il faut aussi qu'ils soient passés dans la forme du contrat lui-même, c'est-à-dire par acte notarié. Tout cela est contenu dans les articles 1396 et 1397; nous n'insisterons pas davantage sur ces articles, en dehors du cadre de notre étude.

Mais à propos de ces deux articles, s'élève un débat fort intéressant.

On conçoit aisément que la question d'existence des conventions matrimoniales soit indépendante de la question de leur immutabilité. Nous devons nous demander si au moment où la loi les déclare invariablement fixées, elle leur donne en même temps la vie ou si ces conventions existent, dès leur confection, avec un caractère de révocabilité qui s'efface, irrémédiablement, à l'instant de la célébration. En d'autres termes, à quel moment les conventions matrimoniales doivent-elles produire effet? Est-ce à partir de la célébration du mariage, ou bien est-ce que, le mariage célébré, elles rétroagissent au jour du contrat qui les établit?

La Cour de Cassation fait remonter au jour du contrat l'effet des conventions matrimoniales, lorsqu'elles sont suivies de la célébration du mariage, quel que soit le ré-

gime adopté par les époux. Elle a cassé un arrêt de la Cour de Toulouse qui avait décidé le contraire (1).

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour suprême, que si l'effet des conventions matrimoniales est subordonné à l'évènement même de la célébration du mariage, lorsque cette célébration a eu lieu, l'accomplissement de la condition a, aux termes de l'article 1179 du Code civil, un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.

« Attendu que cet effet rétroactif est applicable en matière de régime dotal ; que non-seulement la loi qui règle ce régime ne contient pas de dérogation à cet égard, mais que plusieurs de ses dispositions, notamment l'article 1558, en supposent au contraire l'application. »

La Cour de Toulouse est revenue sur sa jurisprudence, pour se mettre en conformité de vues avec la Cour de Cassation. Elle a décidé que le futur époux avait hypothéqué valablement, avant le mariage, un immeuble de sa future (2).

Cette thèse de la rétroactivité, consacrée dans la jurisprudence actuelle par les deux arrêts récents que nous venons d'indiquer est combattue en doctrine, par des arguments qui nous paraissent irréfutables (3). Qu'on observe d'abord, cette singulière conséquence de la

1. Toulouse, 18 mars 1876 et Cass. 18 décembre 1878, Dalloz 79, 1, 141.

2. Arrêt du 8 mai 1883, rapporté par M. Vidal, *Etude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, p. 132-134.

3. Note dans Dalloz, 79, 1. 441 ; M. Vidal, *loc. cit.* ; Guillouard, T, I, n° 329 et suiv.

théorie de la Cour de Cassation : c'est qu'il existe, avant le mariage, entre des gens qui ne sont ni mari ni femme, des conventions matrimoniales obligatoires. Qu'on médite sur ce qui est admis par la Cour de Toulouse, dans son arrêt de 1883 : Le futur, c'est-à-dire un tiers qui n'est encore ni époux ni administrateur, peut hypothéquer les biens de sa fiancée ; nous demandons à quel titre ? C'est à cause de la rétroactivité de la condition, répond la jurisprudence. Il y a là une erreur manifeste, une évidente confusion de principes. Est-ce qu'on peut faire du contrat de mariage, un contrat conditionnel, soumis comme tout autre, à l'article 1179 ? « Dans les contrats ordinaires ce n'est pas l'évènement même de la condition qui crée le droit et les obligations des parties, il n'en est que déclaratif parce que la convention qui dépend de leur seule volonté est, lors même qu'elle est conditionnelle, parfaite dès le jour où elle a eu lieu (1). »

Les parties pouvaient faire leur convention pure et simple ; ils l'ont soumise à l'accomplissement d'un évènement futur, incertain, mais choisi à leur gré, dès le jour du concours de leurs volontés ; la convention n'a manqué d'aucun des éléments essentiels à sa formation. Dans notre matière, en dehors du consentement nécessaire des parties, est-ce que c'est un évènement quelconque qui doit intervenir ; n'est-ce pas un évènement unique, exactement déterminé par la loi, qui peut seul donner la vigueur au contrat : la célébration du mariage ? Le régime matrimonial est inséparable du fait du mariage. Faire

1. Demolombe, *Tr. des contrats*. T. 2, n° 377.

remonter le régime matrimonial au jour du contrat, c'est placer l'effet avant la cause. La célébration du mariage n'est pas la réalisation d'une condition suspensive, c'est l'élément substantiel en dehors duquel est vain tout consentement des parties. La fiction de la rétroactivité n'a rien à faire ici.

La Cour de Cassation se déjuge elle-même dans la question de la date de l'hypothèque légale de la femme mariée. Elle a décidé par un arrêt rendu presque en même temps que celui que nous combattons (1) : « que l'hypothèque légale que la femme possède sur les biens de son mari, pour garantie de sa dot et des conventions matrimoniales, remonte non pas à la date du contrat de mariage, mais seulement au jour où le mariage a été célébré. »

De cette contradiction, nous ne mettons en évidence que ce résultat : Dans le système de la Cour de Cassation et de la Cour de Toulouse, le futur mari aura pu hypothéquer valablement les immeubles de sa future femme, depuis le contrat de mariage jusqu'à la célébration, tandis que pendant cette période, la future épouse n'aura aucune garantie contre cette gestion anticipée, puisque son hypothèque légale ne datera que du mariage.

Qu'on n'objecte pas les articles 1558 et 1404. Ils sont comme les articles 1396 et 1397, des dispositions prises par la loi pour éviter des fraudes que les futurs contractants seraient tentés de commettre. Jamais avant l'arrêt de 1878, on n'a cherché à les expliquer par l'effet rétroactif

1. Cass. 22 Janvier 1878, Dalloz, 78, 1, 154.

de l'accomplissement du mariage (1). M. Colmet de Santerre dit avec raison que le § 2 de l'article 1404 est, sous un certain rapport, une application du principe général de l'article 1396 qui défend aux époux de changer leurs conventions matrimoniales, sans observer les formes et conditions que la loi prescrit (2).

La jurisprudence n'a pas à se prévaloir non plus de ce que les donations faites au conjoints par des tiers, remontent au jour du contrat de mariage. Il n'y a là que des stipulations accessoires qui sont soumises à une véritable condition, parce que, dans la pensée des parties elles doivent produire effet du jour où elles sont promises. Lorsqu'au contraire, les futurs époux rédigent l'ensemble de leurs conventions matrimoniales, ils en subordonnent la réalisation à la célébration du mariage. Dans leur pensée le mariage est bien plutôt un terme qu'une condition; terme à dater duquel l'association pécuniaire commencera à vivre avec l'association conjugale.

Les articles 1399, 1549, 1554 sont bien conformes à notre doctrine.

Dans l'ancien droit, la théorie que nous venons de défendre était adoptée par les plus éminents jurisconsultes. « Il est certain que la communauté légale, dit Lebrun (3), n'a lieu que du jour des épousailles et bénédiction nuptiale et l'on ne se peut pas imaginer qu'elle commence plus tôt. » Quant à la communauté conven-

1. V. notamment Aubry et Rau, T. 6, § 507 p. 295, note 45.

2. T. 6, p. 65 et 66.

3. Lebrun, *Tr. de la communauté*. L. 1 ch. IV, n° 1.

tionnelle, des doutes s'étaient élevés sur son point de départ; après les avoir mentionnés, Lebrun s'exprime ainsi : « Nonobstant cela, j'estime qu'il faut dire que la communauté conventionnelle, aussi bien que la communauté légale, ne commence que du jour de la célébration du mariage, parce que les causes de la communauté sont la demeure commune, l'application respectueuse et le travail commun, et tout cela ne doit commencer qu'après la célébration. (1) » Pothier était du même avis (2).

Souhaitons, en terminant, que la Cour de Cassation revienne aux vrais principes en réformant une jurisprudence qui heurte la tradition, l'esprit de la loi et ses textes, l'intention des parties contractantes et l'opinion si juridique de la doctrine (3).

1. *Loc. cit.* n° 5.

2. Pothier, *Introduction au traité de la C.* n° 23.

3. C'est une question fort intéressante de droit international privé que de se demander quel est le statut qui régit les Français faisant un contrat de mariage à l'étranger, ou les étrangers établissant en France leurs conventions matrimoniales. Nous nous proposons de traiter ce point, nous n'y avons renoncé que sur le conseil même de notre très éminent maître et président de thèse, M. Glasson. Disons toutefois que la jurisprudence se prononce avec raison pour le statut personnel. (V. 2 arrêts très récents : Cass. Rej. 18 mai 1886, Dalloz 87, 1, 277 et Douai 13 janvier 1887, Dalloz 87, 2, 421).

TROISIÈME PARTIE.

ÉTENDUE ET CAS D'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ

Nous connaissons les principaux changements qu'on pourrait être tenté d'apporter aux conventions matrimoniales. Il s'agit à présent de rechercher les cas d'application du principe posé par l'article 1395 et de savoir dans quelles limites il convient de l'appliquer, puis quelles exceptions il doit recevoir. Nous suivrons dans cette recherche l'ordre précédemment indiqué et nous étudierons successivement, dans quatre chapitres :

- 1° Le changement de régime ;
- 2° Les modifications aux conséquences du régime ;
- 3° Les modifications aux constitutions de dot et donations faites aux époux ou à l'un d'eux par contrat de mariage ;
- 4° Les restrictions au principe de l'immutabilité.

CHAPITRE PREMIER

CHANGEMENT DE RÉGIME PREMIER.

Les époux ne peuvent évidemment substituer un autre régime à celui sous lequel ils sont mariés. Non seulement un semblable pacte modifierait l'ensemble des conventions matrimoniales, mais encore il aurait pour effet d'abroger le contrat de mariage.

Cette application du principe de l'article 1395 est sans contredit la plus large de toutes; et il n'y a pas à distinguer, comme nous l'avons dit précédemment, si le changement est intervenu postérieurement à la célébration du mariage ou s'il résulte d'une clause spéciale du contrat. Nous allons cependant examiner séparément ces deux hypothèses, afin de donner à chacune d'elles le développement et les applications particulières qu'elle comporte.

PARAGRAPHE PREMIER

Il semble que le régime de communauté formant le droit commun, le législateur eût dû permettre aux époux de le substituer à tout autre régime, qui ne saurait avoir qu'un caractère exceptionnel. Pourquoi, par exemple, des époux conventionnellement séparés de biens ne pourraient-ils revenir au régime de communauté légale, ou

même stipuler une communauté d'acquêts ? Dans les pays de droit écrit, de pareils changements étaient possibles mais les pays de coutume refusaient de les admettre. Un arrêt du 19 mai 1584 déclare nulle la renonciation faite par un mari à une clause particulière de son contrat de mariage, en vertu de laquelle il devait fournir aux héritiers de sa femme prédécédée, une somme de 2.000 livres pour tout droit de communauté. Louet qui rapporte cet arrêt (1) remarque « qu'il est fondé sur l'utilité publique l'honnêteté d'entre mari et femme et le repos des mariages qui n'admettent pas qu'on puisse réformer un contrat de mariage après célébration. » De nos jours, la même solution s'impose, en présence de l'article 1395, avec encore plus de force qu'autrefois. MM. Aubry et Rau (2) prévoyant l'hypothèse où des époux mariés sous le régime de séparation de biens, conviendraient pendant le mariage d'une société d'acquêts, ajoutent que cette convention n'aurait pas seulement pour effet de substituer un régime tout opposé à celui qui a été fixé par le contrat de mariage, mais qu'elle changerait encore la situation respective des époux en enlevant à la femme l'administration de ses biens pour la transporter au mari.

En sens inverse, et on pourrait dire *a fortiori*, les conjoints ne peuvent, par une convention postérieure au mariage, remplacer la communauté par un autre régime. Le Code civil fait une application remarquable de cette règle dans l'article 1443. Il est vrai que ce même article y apporte aussi une grosse exception en autorisant la

1. Lettre M Somm. 4.

2. T. 5. § 503 *bis*, texte et note 14.

femme à demander en justice la séparation de biens, lorsque sa dot est en péril et que le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre qu'elle ne puisse exercer ses reprises. Ces motifs justifient suffisamment l'exception qui, du reste, ainsi que nous le verrons dans la suite, en traitant des restrictions au principe de l'immutabilité, ne peut être accordée que sous des conditions de publicité. Mais la suite du texte ajoute, par application de la règle : *Toute séparation volontaire est nulle*. Notre ancien droit était déjà formel sur ce point : « La séparation ne peut se faire par le seul consentement mutuel des parties, dit Pothier (1); il est nécessaire qu'elle soit ordonnée par une sentence du juge rendue avec connaissance de cause. » Pothier donne pour motif l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, destinée à empêcher les conjoints de se faire des libéralités indirectes. Les donations entre époux étant aujourd'hui permises, la véritable raison est que ces libéralités échapperaient à la révocabilité essentielle dont les frappe l'article 1096; de plus, il faut ajouter, comme second motif de la prohibition, l'intérêt des tiers. On objectera peut-être que cet intérêt ne met pas obstacle au changement de régime par la séparation de biens judiciaire. Mais il est clair que la possibilité pour les tiers d'intervenir dans l'instance à l'effet d'empêcher que la liquidation du régime antérieur se fasse en fraude de leurs droits, jointe aux formes et aux conditions dont la loi entoure la demande et le jugement de séparation sont des garanties suffisamment protectrices qui leur

1. *Traité de la Communauté*, n°. 514. Voyez aussi Lebrun, liv. 3, ch. 1, n°. 5.

échapperaient en cas de séparation de biens consentie à l'amiable. La prohibition de l'article 1443 se trouve donc pleinement justifiée.

Pothier (*loc. cit.*) fait encore observer, dans le même ordre d'idées, que toute transaction par laquelle les époux abandonneraient la communauté pour y substituer la séparation de biens, serait nulle. Ce cas s'est présenté dans la pratique moderne. Deux époux, dans une instance en séparation, conviennent que le mari, moyennant une rente viagère, donne à sa femme l'autorisation générale d'administrer non seulement ses biens propres, mais encore les conquêts de communauté. Les juges, cela va sans dire, annulèrent cette transaction (1).

Lorsque le jugement a prononcé la séparation de biens, l'acquiescement que le mari pourrait y donner est-il valable, ou ne doit-on pas plutôt le déclarer nul, comme équivalent à une séparation volontaire? Envisageons nettement les termes de la question. — Le jugement de séparation, rendu contradictoirement ou par défaut, devient certainement définitif, lorsque les délais de l'appel ou de l'opposition sont expirés, car la loi n'a pas tracé ici de règles particulières, et c'est le droit commun qui reste applicable. Bien que l'inaction du mari pendant ces délais ne soit au fond qu'un acquiescement tacite à la séparation de biens, on ne saurait néanmoins la lui reprocher ; il faut bien que les procès se terminent et que la demanderesse gagnante obtienne le bénéfice de son droit. Nous ajouterons que l'acquiesce-

1. Riom, 9 juin 1817, Dalloz, *C. de mariage*, numéro 1698.

ment tacite peut avoir lieu sans difficulté par l'exécution volontaire que le mari ferait du jugement, pendant les délais d'appel ou d'opposition ; l'article 1444 qui rend nécessaire cette exécution, suppose en effet qu'elle peut être volontaire ou forcée. Du reste, il y a eu jugement entre les époux et l'on ne peut soutenir que la séparation résulte du concours de leurs volontés.

Mais où la question peut soulever la controverse c'est lorsque le mari, non content de renoncer tacitement au droit de former opposition ou appel, donne son acquiescement au jugement rendu contre lui, ou se désiste d'un appel déjà formé. Des jurisconsultes éminents (1) ont pensé que cet acquiescement n'est autre chose qu'une séparation volontaire et qu'il est, par suite, radicalement nul. Sans doute, disent-ils, l'acquiescement dont nous parlons pourrait se produire après un jugement ordinaire, mais bien que l'article 307 du Code civil, à propos de la demande en séparation de corps, dispose qu'elle sera jugée comme toute autre demande en matière civile, il ne s'ensuit pas que le défendeur condamné ait le droit d'acquiescer au jugement, car nous sommes ici en dehors du droit commun. L'article 307, en effet, est une disposition d'ordre public qui prohibe toute transaction, tout aveu, toute adhésion que le défendeur donnerait à la demande dirigée contre lui ; il est donc conforme à cette disposition de prohiber aussi l'acquiescement formel qu'il ferait au jugement, alors que les délais d'appel ou d'opposition ne sont pas encore écoulés. Il est vrai que l'ex-

1. Duranton, T. II, n° 608 ; Demolombe, T. IV, p. 559.

piration de ces délais vaut acquiescement tacite, mais tout autre est le cas qui nous occupe; la loi ne veut pas, avant qu'elle ait frappé le défendeur de déchéance, par l'expiration des délais, qu'il puisse renoncer au droit de faire opposition ou appel.

Il nous semble que cette argumentation ne saurait prévaloir contre l'observation que nous avons faite tout à l'heure, à savoir qu'une séparation de corps ou de biens ne peut-être regardée comme le résultat du consentement mutuel des époux, lorsqu'elle a été prononcée par un jugement régulier, lequel d'ailleurs subsiste jusqu'à ce qu'il ait été réformé ou cassé par une juridiction supérieure. Quant à la raison d'ordre public sur laquelle on se fonde, nous répondrons avec MM. Aubry et Rau (1) que l'ordre public est suffisamment garanti par l'examen auquel s'est livré le juge de première instance. Il a dû étudier avec tout le soin désirable les faits qui lui étaient soumis et ne s'est prononcé qu'en connaissance de cause; si donc le défendeur croit ensuite devoir acquiescer expressivement au jugement, c'est qu'il en reconnaît le bien-fondé et qu'il désespère de transformer sa défaite en victoire par une prolongation inutile des débats.

On peut supposer que la femme, après avoir perdu son procès en séparation, acquiesce expressément au jugement rendu, sans attendre l'expiration des délais d'appel. Evidemment, cet acte de la femme sera valable, car il a

1. Tome 5, § 493, texte et note 15. Dans le même sens, Cass. Rej. 21 août 1838, Sirey, 38, I, 688; Cass. Rej. 11 mai 1853, Sirey, 53, I, 574. En sens inverse, Cass. 27 août 1807, Sirey, 1807, I, 513; Caen, 24 mars 1849, Sirey, 50, 2, 503.

pour but de maintenir le principe de l'immutabilité et la loi voit toujours d'un œil favorable, les réconciliations entre époux. Cette remarque nous amène à dire quelques mots d'une autre réconciliation bien connue, par laquelle les époux séparés de biens conviennent mutuellement de rétablir leur ancienne communauté.

Aux termes de l'article 1451 : « La communauté dissoute par la séparation, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties. — Elle ne peut l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute, dont une expédition doit être affichée dans la forme de l'article 1445. — En ce cas, la communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage ; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme, en conformité de l'article 1449. — Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle. »

Cet article montre bien par l'ensemble de ses dispositions qu'il entend faire une application de l'article 1395. Il ne s'agit pas ici, en effet, d'apporter une seconde fois un changement au régime primitif, mais bien d'y revenir en anéantissant rétroactivement, au moins dans la plupart de ses effets, le régime de séparation de biens.

La loi favorise, comme on le voit, le retour aux pre-

1. Article 1451, pages 265 et 266.

mières conventions matrimoniales mais elle veut de plus, prévenir certaines fraudes au moyen desquelles les époux pourraient violer le droit des tiers et porter atteinte au principe de l'immutabilité. « On aurait voulu, par exemple, dit M. Colmet de Santerre (1), mettre hors de la communauté, une succession mobilière dont on aurait prévu l'ouverture prochaine; on aurait obtenu la séparation de biens et on rétablirait la communauté après l'ouverture de cette succession. » Si cependant cette rétroactivité, attachée par la loi au rétablissement de la communauté, n'est pas complète, si les actes passés par la femme séparée, dans les limites de son droit d'administration, sont maintenus, il ne faut pas s'en étonner: le législateur a voulu faire une application des principes qui régissent la validité des actes. Les tiers ont dû compter sur la capacité exceptionnelle que confère à la femme la séparation de biens, et les frustrer dans leur attente eût été d'autant plus injuste que la fiction de rétroactivité, dont nous connaissons les motifs, est absolument étrangère aux actes que la femme a faits pendant qu'elle était séparée de biens.

Nous n'insisterons pas sur les conditions auxquelles l'article 1451 subordonne le rétablissement de la communauté: acte passé par devant notaires avec minute; mesures de publicité analogues à celles qui doivent accompagner la demande et le jugement de séparation; défense aux époux de rétablir leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement. Remarquons seulement, en passant, que cette dernière prescription est encore une application du prin-

1. Article 1351, pages 263 et 266.

cipe de l'immutabilité. Nous croyons, au surplus, avec la majorité des auteurs, que la nullité atteindrait la convention toute entière qui rétablit la communauté, et non pas seulement la clause de cette convention qui en modifierait les conséquences primitives (1).

PARAGRAPHE II.

Les époux ne pourraient, au moyen d'une clause insérée dans leur contrat de mariage, se réserver le droit de changer de régime. La règle de l'immutabilité lie en effet principalement les époux et les frappe d'une incapacité dont ils ne peuvent se relever par des conventions particulières, même inscrites dans leur contrat de mariage. L'application de cette règle sera certes peu fréquente, car il n'arrivera pas souvent que les futurs époux stipulent à l'avance, expressément, un changement de régime; mais on s'est demandé s'ils n'arriveraient pas au même résultat, en subordonnant le régime de leur choix à la modalité d'un terme ou d'une condition. Nous allons étudier successivement les deux cas.

1. L'article 295 prévoyant le cas où deux époux se réunissent après avoir divorcé, s'exprime ainsi : « Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originellement leur union. » Cette disposition a été inspirée par une pensée de protection pour les tiers et pour sauvegarder autant que possible le principe de l'immutabilité. Malheureusement ce résultat ne peut guère être atteint, car la seule chose qui y conduirait est impossible : la rétroactivité du régime au jour de la dissolution du premier mariage.

A — *Stipulation d'un Régime à Terme.*

Dans l'ancienne jurisprudence coutumière, les futurs époux avaient le droit, en faisant leur contrat de mariage, de retarder jusqu'à une certaine époque, le point de départ de la communauté. « On peut convenir, dit Pothier (1), qu'il y aura communauté entre les conjoints qui ne commencera qu'au bout d'un an de mariage. » Une convention semblable était même sous-entendue, dans quelques coutumes, en l'absence de contrat ; Pothier (2) parle en effet de coutumes qui n'admettaient la communauté légale que lorsque le mariage avait duré l'an et jour.

Mais, dans tous les cas, et c'est là une observation dont nous verrons plus loin l'importance, si l'échéance du terme trouvait les époux encore vivants, la communauté était réputée avoir commencé du jour même de la célébration. Toutes ces stipulations, qui engendraient une foule d'inconvénients et de difficultés, ont disparu sous l'empire du Code. Article 1399 : « La Communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil : on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque. » Il résulte de cette disposition, combinée avec les articles 1394 et 1395 que la communauté doit commencer avec le mariage et qu'elle ne peut recevoir ensuite aucun chan-

1. *Traité de la communauté*, n° 278.

2. *Loc. cit.* n° 22.

gement. Non-seulement les époux ne pourront stipuler que le point de départ de la communauté sera postérieur à la célébration ; mais il leur est également interdit de faire cesser cette communauté avant qu'elle soit dissoute par un des modes prévus dans l'article 1441, sans quoi il y aurait tout à la fois violation de l'article 1441 et de l'article 1395. C'est dire, en d'autres mots, que la loi prohibe et le terme suspensif et le terme extinctif. Et bien que l'article 1399 ne nomme expressément que le régime de communauté, il faut, sans hésiter, étendre sa disposition à tous les autres régimes ; car les motifs qui font commencer la communauté au jour du mariage et prohiber tout changement ultérieur sont absolument les mêmes quel que soit le régime adopté.

L'opinion contraire de MM. Rodière et Pont qui, s'attachant au texte seul de l'article 1399, ne l'appliquent qu'à la communauté, est universellement abandonnée (1). Ces auteurs admettent, par exemple, la clause du contrat de mariage en vertu de laquelle les époux mariés sous le régime dotal jusqu'à ce que la femme ait atteint l'âge de 25 ans, devraient ensuite être soumis au régime sans communauté ou de séparation de biens. Mais alors que devient le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Tout régime à terme est prohibé par les articles 1395 et 1441. Si la loi a cru devoir s'exprimer formellement sur le cas de communauté, c'est uniquement pour abroger les anciennes coutumes qui reculaient ce régime à partir d'une certaine époque et elle n'a pas voulu autoriser l'établissement à terme d'un autre régime.

1. *Contrat de mariage* T., 1, n° 92.

B. — *Stipulation d'un Régime conditionnel.*

Les époux ont-ils le droit dans leur contrat de mariage, de subordonner le régime qu'ils adoptent à une condition, suspensive ou résolutoire? Tout le monde est d'accord pour reconnaître que la stipulation d'un régime sous condition potestative est prohibée comme constituant une violation flagrante de l'article 1395 (1). Mais que faut-il penser de la condition casuelle en cette matière? La controverse s'engage ici assez vivement, bien que la question ne présente guère d'intérêt pratique.

Une première opinion admise par la majorité des auteurs, soutient qu'on peut valablement soumettre l'adoption du régime à une condition casuelle. Les partisans de cette doctrine affirment qu'elle est conforme à la tradition et au principe de la liberté des conventions matrimoniales. En effet, dit-on, Pothier, dans son numéro 278 du *Traité de la Communauté* reconnaît que la communauté conventionnelle peut être faite à terme ou *sous condition*. D'autre part, les travaux préparatoires prouvent que les Rédacteurs du Code ont bien entendu prohiber le terme mais qu'ils ne se sont pas prononcés sur la condition (2). C'est là précisément, ajoute-t-on, le procédé suivi par le Code dans l'article 1399 : il dé-

1. V. un arrêt récent de Bordeaux, 1^{er} juillet 1886, Dalloz 86, 2, 283.

2. Locré, T. 13, p. 443 et suiv. ;

fend l'établissement d'une communauté à terme mais il reste muet sur la Communauté conditionnelle. N'est-ce pas dès lors, le principe de la liberté des conventions matrimoniales qui domine toute cette matière? A moins d'exception formelle, les époux peuvent insérer dans leur contrat de mariage toutes les clauses qui ne leur sont pas interdites ; donc ils peuvent stipuler un régime sous condition. Et qu'on ne dise pas que cette modalité portera atteinte au principe de l'immutabilité ! car, si la condition suspensive ou résolutoire s'accomplit, tout se passera comme si le régime avait été pur et simple, les effets de la condition rétroagissant au jour du mariage. Quant aux inconvénients qui peuvent résulter de l'instabilité des conventions matrimoniales, en attendant l'arrivée de la condition, ni les époux, ni les tiers n'ont le droit de s'en plaindre. Les époux ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes du résultat des clauses librement insérées dans leur contrat de mariage ; quant aux tiers ils savent à quoi s'en tenir et la prudence leur conseille d'avoir sans cesse en considération le caractère conditionnel du régime dans les actes qu'ils passent avec les époux, et d'agir comme si l'accomplissement de la condition devait leur être défavorable. D'autre part, les inconvénients dont on parle, se manifestent dans tous les actes juridiques conditionnels ; si la loi avait voulu en tenir compte et n'y pas subordonner le principe de la liberté des conventions, elle eût prohibé toute création de droits de propriété et de créance conditionnels. Puisqu'elle n'a pas cru devoir le faire, nous devons en l'absence d'un texte d'exception et par application du droit

commun, admettre la validité d'un régime stipulé sous condition.

Malgré la force de ces arguments, nous ne pouvons considérer comme satisfaisante la doctrine à laquelle ils servent d'appui.

D'abord la raison tirée de l'ancien Droit nous touche médiocrement. Il nous semble même facile de nous en servir contre nos adversaires. Sans doute, Pothier admettait la stipulation d'une communauté à terme ou conditionnelle. Mais nous avons vu au début de ce paragraphe (1), que ces termes autrefois usités, qu'ils fussent exprès ou tacites, n'étaient autres que de véritables conditions produisant un effet rétroactif. Or c'est à l'occasion de ces sortes de modalités que s'étaient élevées des contestations et des controverses que l'article 1399 a eu précisément pour but de supprimer. Ainsi compris au point de vue historique, ce texte est donc plutôt en notre faveur, puisqu'il indique chez le législateur l'intention d'exclure, dans la constitution d'un régime, des espèces de termes qui ne sont au fond que des conditions. Voilà pour l'argument fondé sur l'ancien Droit. Quant à l'objection de fond qui fait la force principale de l'opinion que nous combattons, nous y répondrons ainsi : personne que nous sachions, ne songe à méconnaître le principe de la liberté des conventions matrimoniales, et sans doute, il eût mieux valu, pour couper court à toute controverse, que l'article 1399 indiquât d'une manière plus précise son intention de faire échec à ce principe, en ce qui touche la stipula-

1. Se reporter à la lettre A (stipulation d'un Régime à terme).

tion d'un régime conditionnel. Mais qu'importe, après tout, si la pensée de la loi est certaine? Et d'abord, les partisans de l'opinion adverse, nous paraissent faire bon marché des inconvénients, difficultés et incertitudes qu'entraînerait la mise en œuvre d'un régime conditionnel. Il n'y a assurément, aucune assimilation à faire entre un régime de mariage et un contrat ordinaire. La situation des époux, comme époux *pendente conditione*, serait tout autre et bien inférieure à celle de contractants, d'ailleurs quelconques, dans un acte conditionnel. Prenons l'exemple d'une vente faite à condition. Le vendeur et l'acheteur ont, sans doute, le droit théorique d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble vendu, avant que la condition se réalise. La constitution de ces droits réels, comme la vente elle-même, n'offre aucun caractère de stabilité et de certitude. Les tiers prévoyants se tiendront donc sur leurs gardes et refuseront de traiter, préférant attendre l'accomplissement de la condition. Or cette inaction des tiers, rejaillissant sur les parties, ne leur causera pas un préjudice considérable, car c'est exceptionnellement qu'on est obligé d'aliéner ou d'hypothéquer son bien. Tout autre est la situation qui résulte de la constitution d'un régime de mariage. Les époux ne sont pas libres d'attendre et de rester dans l'inaction. Il est de toute nécessité que les conjoints puissent immédiatement agir et traiter avec les tiers. Comment pourraient-ils vivre et satisfaire aux obligations de supporter les charges du ménage si les tiers soupçonneux à juste titre, refusaient de contracter avec eux? Un pareil état de choses est certainement contraire à l'esprit de la loi et ce n'est pas dans ce but, ainsi

que le fait remarquer M. Laurent (1), qu'elle a établi « l'unité des conventions matrimoniales. » Mais ce n'est pas tout. Cette nécessité qui s'impose aux époux de mettre en pratique un régime aussitôt après la célébration, nous conduit à regarder la stipulation d'un régime conditionnel comme une violation de l'article 1395. Il est vrai que l'accomplissement de la condition fera considérer le nouveau régime comme ayant toujours existé; mais en fait il y aura eu véritablement deux régimes successifs qui l'un après l'autre auront été suivis. La loi ne veut pas, en effet, que les époux restent sans régime jusqu'à l'avènement de la condition. Si le contrat de mariage était muet sur ce point, les époux se trouveraient provisoirement en communauté légale; la succession en fait de deux régimes aurait donc lieu dans tous les cas.

Il résulte de ces considérations 1° que la rétroactivité de la condition produirait des conséquences contraires à l'esprit de la loi; 2° que le principe de l'immutabilité serait violé en fait par la stipulation d'un régime conditionnel.

Telles sont les raisons invoquées par les auteurs qui nient la possibilité d'un régime stipulé conditionnellement. Nous sera-t-il permis d'ajouter en faveur de la même doctrine, un autre argument que nous n'avons rencontré nulle part et que nous soumettons respectueusement à l'appréciation de nos savants maîtres ?

Cet argument est tiré de l'article 1451 dont nous avons cité le texte plus haut. La loi accorde aux époux séparés

1. Tome 21, n° 207.

de biens judiciairement le droit de se réconcilier et de rétablir d'un commun accord la communauté primitive. N'y a-t-il pas là une situation analogue à celle que nous discutons ? N'est-il pas vrai de dire que la séparation de biens judiciaire n'existe que sous la condition résolutoire du rétablissement postérieur de la communauté ? Voilà donc, prise dans la loi même, l'hypothèse d'un régime conditionnel ; voyons ce qu'il faut en penser. Allons-nous en conclure qu'on puisse valablement stipuler un régime pareil dans le contrat de mariage ? Nullement, car le cas de l'article 1451 est tout à fait exceptionnel ; la loi n'accorde cette faveur aux époux que parce qu'elle emporte retour au régime primitif et rentre ainsi dans l'application du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Il ne résulte donc pas de l'article 1451 que l'on puisse stipuler un régime sous condition ; bien mieux ce texte nous semble prouver que la loi redoute et repousse les plus graves conséquences de la rétroactivité qui s'attacherait à un régime adopté à l'arrivée d'une condition. En effet, après avoir dit que le rétablissement de la communauté rétroagit au jour du mariage et que les choses sont remises au même état que s'il n'y avait pas eu de séparation, l'article 1451 ajoute, dans son second alinéa, qu'il faudra néanmoins maintenir l'exécution des actes qui, dans l'intervalle qui sépare le jugement de séparation du retour à la communauté, ont pu être faits par la femme en conformité de l'article 1449.

Qu'est-ce à dire, sinon que dans cette hypothèse exceptionnelle où une condition résolutoire se trouve opposée au régime, la loi ne veut pas que la rétroactivité produise

toutes ses conséquences tant elle les juge dangereuses pour la sécurité des relations entre les époux et les tiers? Et remarquons que dans cette hypothèse, le législateur eût pu croire les tiers suffisamment avertis par la publicité dont il entoure la demande et le jugement de séparation de biens, ainsi que le rétablissement de la communauté. Si donc il a voulu quand même soustraire les actes de large administration de la femme à l'anéantissement rétroactif, *a fortiori* aurait-il eu la même intention dans un régime établi conditionnellement, s'il l'avait autorisé car la non-rétroactivité s'y motiverait d'autant plus qu'il y avait clandestinité des contrats de mariage au moins jusqu'à la loi du 10 juillet 1850. La conclusion à tirer de ce qui précède, c'est que la loi prohibe la stipulation d'un régime conditionnel, car d'un côté la rétroactivité ne saurait avoir lieu, et de l'autre, si elle est écartée, l'article 1395 se trouve manifestement violé. La première doctrine se heurte à cette déduction injustifiable qu'elle est forcée, sous peine d'enfreindre sciemment le principe de l'immutabilité, d'admettre les conséquences de la rétroactivité avec une rigueur dont on se départit, à certains égards, dans les actes juridiques ordinaires : elle ne peut maintenir les actes d'administration qui ordinairement subsistent après l'accomplissement de la condition (1).

Voici enfin une dernière considération. Les défenseurs de l'opinion que nous avons combattue, ne nous semblent pas tenir compte des règles du droit commun sur la capa-

1. Voir l'article 1673, par exemple.

cité des personnes. Le contrat de mariage peut, on le sait, exercer une véritable influence sur la capacité des époux. C'est ainsi que l'incapacité légale de la femme mariée peut se trouver augmentée ou diminuée par l'effet du régime adopté ; elle sera diminuée sous le régime de séparation de biens, augmentée sous le régime dotal. Eh bien ! est-ce que la loi autorise les époux à se créer, par contrat de mariage, une capacité conditionnelle ? Ce serait le renversement de toutes les idées reçues. Les actes faits par une personne capable ne sauraient être anéantis par suite d'une incapacité postérieure. Supposons, par exemple, qu'une loi nouvelle vienne à fixer la majorité à 25 ans. L'individu, à ce moment âgé de 23 ans redeviendrait sans doute incapable ; mais sa capacité intérimaire de 21 à 23 ans n'en serait pas moins maintenue, et avec elle, les actes qu'il aurait passés comme majeur, pendant cette période.

CHAPITRE II

MODIFICATIONS AUX CONSÉQUENCES DU RÉGIME

Si la loi prohibe tout changement de régime pendant le mariage, elle défend également toute modification aux conséquences qui en résultent d'après les règles qu'elle a tracées ; car ces conséquences font, comme le régime, partie des conventions matrimoniales. Nous savons déjà quelles sont ces conséquences ; il faut à présent entrer dans le détail des applications que doit recevoir à ce point de vue, l'article 1395. Nous diviserons cette partie de notre étude en deux sections. Dans la première, nous parlerons des changements qui seraient apportés aux conséquences du régime par les époux eux-mêmes ; dans la seconde, nous nous demanderons si la prohibition concerne les tiers, lorsqu'ils font aux époux pendant le mariage, des donations ou des legs.

SECTION I

CHANGEMENTS OPÉRÉS PAR LES ÉPOUX

La règle, en elle-même, est très simple : les époux ne peuvent durant le mariage, apporter aucune modification aux conséquences de leur régime. Mais pour bien com-

prendre la portée de cette règle et pour éviter toute confusion entre deux ordres d'idées absolument différents, une sous-division nous semble nécessaire. Il faut, en effet, distinguer entre le changement lui-même et l'acte juridique dans lequel il se trouve contenu. Indépendamment de l'acte, le changement peut porter sur telle ou telle conséquence du régime ; nous aurons donc d'abord à examiner successivement ces diverses conséquences en nous demandant si elles sont susceptibles ou non d'être modifiées. D'autre part, la plupart des contrats ou actes juridiques étant permis entre époux, nous devons rechercher quels sont dans les plus importants de ces actes, les changements possibles c'est-à-dire dans quels cas la capacité des époux se heurte au principe de l'immutabilité. Cette dernière distinction peut s'appliquer non-seulement aux conséquences du régime mais encore au régime lui-même, aux donations et constitutions de dot dans le contrat de mariage, mais par suite des applications qu'elle reçoit en pratique, nous croyons devoir la restreindre aux conséquences du régime.

§ 1. — *Changements aux conséquences du Régime indépendamment des actes qui les contiennent.*

Nous savons que les conséquences du régime sont relatives à la condition des biens dans le régime, aux pouvoirs qu'il confère aux époux et enfin aux règles sur la liquidation de leurs droits après la dissolution. La question de savoir quand il y a changement à ces consé-

quences se pose évidemment sous tous les régimes mais nous allons la développer sous le régime de communauté et sous le régime dotal; c'est, en effet, dans ces deux cas que l'application de l'article 1395 offre le plus d'intérêt.

Nous nous proposons en outre, de compléter cette étude en indiquant dans un *appendice*, une application de l'article 1395 commune à tous les régimes et relative à l'hypothèque légale que la loi accorde à la femme mariée pour la conservation et la restitution de sa dot.

Régime de Communauté.

A. — Condition des Biens dans le Régime.

On distingue sous le régime de communauté les biens communs et ceux qui restent propres à chacun des époux. Assurément cette division en trois patrimoines n'est pas juridiquement vraie, car la communauté n'est pas une personne morale et la masse indivise des biens qui la composent se confond avec le patrimoine du mari, en raison des droits considérables que la loi lui accorde comme chef de la communauté. Mais cette notion pratique des trois patrimoines est commode pour la clarté et la facilité des explications, surtout en ce qui concerne la condition des biens dans le régime et la loi la fait elle-même. Elle détermine dans les articles 1401 à 1408, quels biens sont communs et quels autres sont propres, sauf les exceptions qu'elle apporte ensuite à cette réglementation. Si donc les époux, par des conventions particulières, veu-

lent rendre propre un bien qui doit être commun ou en sens inverse, faire tomber dans la communauté un bien qui doit rester propre, ces conventions sont nulles, par application de l'article 1395. Quelques développements sont indispensables sur chacune de ces deux hypothèses.

1° Les époux ne peuvent déclarer propre un bien qui doit être commun.

Les applications sont faciles : par exemple, une convention postérieure au mariage ne peut enlever à la communauté le mobilier qui appartenait à l'un des époux avant la célébration, ou celui qui lui est échu depuis, par voie de donation ou de succession à moins que le testateur ou donateur n'ait exprimé le contraire, ou encore les fruits perçus ou échus pendant le mariage (art. 1401, 1^o et 2^o). Il en est de même pour les immeubles acquis à titre onéreux ; on ne peut stipuler qu'ils seront propres. C'est ce qu'a décidé la Cour de Lyon (1) dans une hypothèse où les époux après avoir acquis un immeuble, sans faire dans l'acte déclaration d'emploi ou de remploi, étaient convenus ensuite que cet immeuble appartenait en propre au survivant.

Parmi les exceptions que la loi elle-même apporte à notre règle, se trouve le droit accordé aux époux de faire le remploi des immeubles propres aliénés ; l'immeuble acquis en remploi devient propre, contrairement au principe général de l'article 1401, 3^o. Mais faut-il étendre cette exception à des hypothèses qui ne sont pas littéralement prévues par les articles 1434 et 1435 ? Le remploi

1. Lyon, 21 juillet 1849, Sirey, 49, 2, 477.

sera-t-il encore possible si l'immeuble nouvellement acquis est destiné à remplacer non plus un immeuble propre aliéné mais des valeurs mobilières qui seraient propres soit en vertu du contrat de mariage, soit en vertu d'une donation où d'un legs faits sous cette condition par le donateur ou le testateur. La question est discutée en doctrine et même en jurisprudence. Cependant le plus grand nombre d'auteurs et d'arrêts y répondent affirmativement, par application extensive des articles 1434 et 1435. L'esprit de la loi, disent-ils, est conforme à cette solution. Elle voit le remploi avec faveur parce qu'il profite à l'époux sans nuire à la communauté. Les motifs qui l'ont fait admettre sont les mêmes pour les meubles que pour les immeubles ; pourquoi refuser de décider que l'immeuble acquis en remploi ne pourra pas être substitué à des valeurs mobilières propres, aussi bien qu'à un immeuble propre ? Deux articles du Code viennent du reste à l'appui de cette manière de voir : l'article 1595, 2^o d'abord, qui permet au mari de céder un immeuble à sa femme, en paiement de deniers propres à elle appartenant ; l'article 1470 ensuite, qui permet à la femme après la dissolution de reprendre ses biens personnels et ceux qui ont été acquis en remploi, sans faire à ce point de vue, aucune distinction entre les meubles et les immeubles. Il résulte en outre de ces deux dispositions que l'emploi est autorisé aussi bien que le remploi, car le cas d'emploi est précisément prévu par le deuxième alinéa de l'article 1595, et d'ailleurs le fait juridique est le même dans les deux cas. D'où il suit que si les valeurs mobilières dont il s'agit consistent en une somme d'argent, il importe peu

que la communauté en soit propriétaire en raison de son quasi-usufruit, l'emploi est également possible. La Cour de Douai qui s'était d'abord prononcée contre cette doctrine s'y est ensuite ralliée (1).

On répond dans une autre opinion que les articles 1434 et 1435 dont le caractère est exceptionnel, ne permettent le remploi qu'au cas d'aliénation d'un immeuble propre ; que les termes de l'article 1470 ne fournissent aucun argument parce que leur objet n'est pas de déterminer quand et comment peut avoir lieu le remploi : que l'article 1595, 2°, vise une hypothèse non de remploi ou d'emploi mais de *datio in solutum* dont les effets sont profondément différents, surtout au point de vue de la rétroactivité. — Toutes ces objections ne nous semblent pas concluantes, parce qu'il n'en reste pas moins vrai que la loi voit avec faveur le remploi et que les motifs de l'admettre sont les mêmes pour notre hypothèse que pour le cas prévu par les articles 1434 et 1435.

Nous sommes donc autorisés à ne pas regarder l'aliénation d'un immeuble propre comme une condition essentielle du remploi. Mais nous n'irons pas jusqu'à dire que l'acquisition d'un immeuble puisse être toujours faite en remploi de valeurs mobilières. Il y a, ce nous semble, une distinction à faire à cet égard. Nous admettons bien qu'un immeuble soit acquis en remploi de valeurs mobilières propres, pourvu que celles-ci soient des propres

1. Douai, 2 avril 1846, Sirey, 47, 2, 413, puis 15 juin 1861, Sirey, 62, 2, 65; Cass. 26 mai 1835, Sirey, 35. 1, 833; Cass. 16 novembre 1859, Sirey, 60, 1, 241. — Rodière et Pont, T. I n° 679; Aubry et Rau, T. 5, § 307, texte et note 88; Guillouard, *C. de mar.* T. 2, n° 476.

parfaits, c'est-à-dire des corps certains dont la communauté n'a que la jouissance. Les motifs de la loi nous paraissent alors favorables au remploi. Mais si ces propres mobiliers consistent dans une somme d'argent ou en choses fongibles, la même solution nous semblerait contraire au principe de l'immutabilité. C'est qu'en effet, comme le fait très justement observer M. Bufnoir, la substitution d'un propre parfait à un propre imparfait entraînerait une modification au régime résultant du contrat de mariage. Tout autre est l'hypothèse, prévue par la loi, où l'aliénation porte sur un propre parfait. Sans doute la communauté devient propriétaire des deniers et l'époux n'a plus contre elle qu'une créance de reprise, mais lorsque le montant de la créance a été employé à substituer un nouvel immeuble à l'ancien, cette opération juridique loin de changer le régime dans ses conséquences, le rétablit pour ainsi dire dans son intégrité primitive (1).

La cour de Colmar (2) nous semble avoir violé le principe de l'immutabilité en faisant une fausse application de l'article 1406. Elle a, en effet, déclaré propre l'immeuble cédé par un ascendant à l'un des époux moyennant un prix en argent. C'est évidemment sortir de l'exception que l'article 1406 apporte à la règle qui rend communs les

1. V. Un arrêt précité de Douai du 2 avril 1846 ; Cass. 21 mars 1849, Dalloz, 49, 1, 65 ; Laurent, T. 21 n° 363 ; M. Bufnoir, *à son cours*, qui fait seul parmi les auteurs, du moins à notre connaissance, la distinction ci-dessus au sujet des propres mobiliers parfaits ou imparfaits.

2. Colmar, 20 janvier 1831, Sirey 32, 2, 355.

immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage ; car l'immeuble cédé ne peut devenir propre que si l'ascendant entend s'acquitter d'une dette envers l'époux où si celui-ci se charge de payer les dettes de l'ascendant. En dehors de ces deux cas, l'opération ne peut plus être considérée comme un arrangement de famille (1).

Il n'est plus douteux aujourd'hui que la rente viagère que l'un des époux aurait constituée à son profit avant le mariage, tombe dans la communauté. L'article 529 la range en effet parmi les meubles et aux termes de l'article 1401, 1°. la communauté se compose de tous les meubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage (2). Mais si la constitution de rente viagère a été faite pendant le mariage avec des deniers de la communauté, sur la tête des deux époux ou de l'un d'eux, sera-t-elle encore un bien commun, ou ne peut-on lui attribuer le caractère de propre ? C'est là une des questions les plus controversées de notre matière. Pour plus de clarté, nous distinguerons entre la rente viagère constituée purement et simplement et celle créée avec clause de réversibilité au profit du survivant des deux époux.

I. — Lorsque la rente est constituée avec l'argent de la communauté sur la tête des deux conjoints ou de l'un d'eux, mais sans clause de réversibilité, on reconnaît généralement que suivant les principes généraux, elle entre dans la communauté. Il faudra donc la comprendre

1. En ce sens, Caen, 1 août 1844, Recueil de Caen, 1844, page 476 et la doctrine tout entière.

2. Les rentes perpétuelles ont le même caractère mobilier (art. 529).

dans la masse des biens partageables lors de la dissolution de la communauté. La rente a-t-elle été constituée sur la tête d'un seul des époux ? S'il prédécède, le droit s'éteint ; s'il survit, les héritiers de l'autre époux ont droit à la moitié des arrérages.

Que si la rente a été constituée sur la tête des deux époux, le prédécès de l'un éteint la rente pour moitié mais ses héritiers ont droit au partage de l'autre moitié avec le survivant. La seule objection que l'on ait soulevée contre cette doctrine est fondée sur le texte de l'article 1437, duquel il résulte que les époux peuvent emprunter de l'argent à la communauté pour en tirer un profit personnel. Dès lors, a-t-on dit, pourquoi ne pourraient-ils pas employer les deniers de la communauté à stipuler à leur profit personnel une rente viagère ? Sans doute, le bénéficiaire devra récompense à la communauté ; mais précisément le passage du texte qui lui impose cette obligation lui reconnaît le droit qu'on voudrait lui contester : « et généralement, dit l'article, toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense. » Mais cette interprétation de l'article 1437 est manifestement exagérée. La loi permet bien aux époux de se servir des deniers communs dans l'intérêt de leurs propres, mais elle ne leur accorde pas le droit de se créer de nouveaux propres avec l'argent de la communauté. Qu'on lise tous les exemples fournis par le texte même sur ces cas de récompense, tous supposent que le propre appartient déjà à l'époux. Tantôt il s'agit du rachat de services fonciers, tantôt de la conservation ou de l'amélioration des biens personnels,

il n'est jamais question de la création de nouveaux propres. Du reste, ce dernier fait ne serait-il pas une atteinte directe à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales puisqu'il y aurait modification dans la composition des patrimoines ? Et à quoi serviraient dès lors les précautions de la loi et les formalités qu'elle exige pour le remploi, lorsqu'il s'agit de substituer un bien commun à un propre, si les époux avaient la faculté de se créer arbitrairement de nouveaux propres, en puisant à leur gré dans la caisse commune ? Aussi les auteurs et la jurisprudence s'accordent-ils aujourd'hui à repousser cette doctrine (1).

II. — La difficulté est beaucoup plus grande lorsque la rente viagère a été stipulée réversible sur la tête du survivant des deux époux. La question n'a pas donné naissance à moins de quatre solutions différentes que nous allons successivement exposer en réservant nos préférences pour la dernière qui nous paraît plus conforme au droit.

a. — Dans le louable but de laisser aux époux lorsqu'ils n'ont pas d'enfants, la faculté d'assurer au survivant des moyens honorables d'existence, on a soutenu que la clause de réversibilité contenait une double donation éventuelle faite par chacun des conjoints à l'autre. Ce système qui a été défendu très ingénieusement par l'un de

1. Rennes, 16 juin 1841, Sirey, 41, 2, 553 ; Paris, 19 février 1864, Sirey, 65, 2, 4 ; Poitiers, 1^{er} août 1872, Sirey, 72, 2, 203. — Rodière et Pont, T. I. n° 423 ; Mourlon, note dans Dalloz 65, 2, 73 ; Aubry et Rau, T. 5. p. 283 ; Laurent, T. 21 n° 218 ; Guillouard, T. 32, n° 375.

nos savants maîtres, M. Labbé, échappe au reproche de porter atteinte au principe de l'immutabilité, car tout en reconnaissant que la rente tombe dans la communauté, il s'autorise de ce que l'un des époux a droit de donner à l'autre sa part dans un bien commun, pour décider que chacun d'eux est réputé faire donation de sa part dans la rente à son conjoint, au cas de survie de celui-ci. Voilà comment les héritiers du prédécédé n'auraient aucun droit à la rente non plus qu'à une récompense; résultat qui, dit-on, est conforme à la volonté des contractants. Et si l'on objecte que l'article 1097 s'oppose à ce que les époux se fassent des donations mutuelles par un seul et même acte, les partisans de cette théorie répondent que l'article 1097 ne s'applique pas aux donations contenues accessoirement dans un contrat à titre onéreux et qu'au contraire, aux termes de l'article 1973, si la rente est constituée au profit d'un tiers, moyennant un prix fourni par une autre personne, le contrat n'est point soumis aux formes requises pour les donations. La double donation est donc valable; mais, comme elle a lieu entre époux, il faut la regarder comme révocable *ad nutum* par chacun d'eux puisqu'ils jouent réciproquement le rôle de donateur. De plus elle sera soumise aux règles de la réduction si elle dépasse la quotité disponible entre époux (1). Nous repousserons cette opinion pour deux raisons : d'abord parce qu'elle attribue aux contrac-

1. M. Labbé, *Journal du Palais* 1865, p. 85 note; Bonniceau, *Revue pratique*, 1866, t. 21, p. 290; Verdier, *Revue prat.* 1876, p. 5; Lyon-Caen, Sirey, 1877, 2, 33. — Paris, 25 mars 1844, Dalloz, 44, 1, 510; 20 août 1862, Sirey, 62, 2, 443.

tants une intention de libéralité qu'ils n'ont peut-être pas eue et contrevient ainsi au principe que les libéralités ne se présument pas; ensuite, parce que la clause de réversibilité constitue non pas une véritable donation mais un acte à titre onéreux, vu son caractère aléatoire, de sorte que le résultat définitif de la clause est une atteinte au principe de l'immutabilité.

b. — La seconde doctrine admet bien que la constitution de rente viagère avec clause de réversibilité est un contrat à titre onéreux, mais elle arrive par d'autres moyens au même résultat que le premier système, en ce sens du moins, que le survivant bénéficie seul de la rente, sans être tenu à récompense envers les héritiers du prédécédé. Pour résoudre la question, il faut s'attacher au caractère essentiellement aléatoire de la clause de réversibilité. Chaque époux fait un sacrifice égal en vue d'un bénéfice égal. Chacun d'eux abandonne sa part de communauté dans le mobilier aliéné et déclare attribuer à son conjoint s'il survit, la jouissance intégrale de la rente laissant au sort le soin de décider lequel profitera de la convention. Dès lors, il est évident que le survivant ne s'enrichit pas aux dépens de la communauté; il a risqué sa part dans les biens aliénés pour obtenir une chance favorable; le bénéfice en doit appartenir à lui seul et la communauté n'a droit à aucune récompense. Qu'on ne dise pas qu'en définitive il fait un profit personnel au détriment de la communauté; car pour le savoir, il ne faut pas attendre le résultat final mais se placer au moment même du contrat; or à cette époque, il ne retire aucun avantage personnel puisque les chances de gain et

de perte sont égales de part et d'autre ; c'est du reste le caractère propre de tous les contrats aléatoires. Le survivant aura donc droit à la totalité de la rente sans devoir aucune récompense aux héritiers de son conjoint (1). Cette doctrine nous paraît inadmissible. Elle reconnaît que la rente tombe dans la communauté et cependant elle la soustrait au partage des biens communs. Comment nier que l'époux survivant ne retire pas un profit personnel ! N'est-il pas certain que la rente, par l'effet de la clause de réversibilité tombe d'abord dans la communauté et s'en trouve ensuite exclue pour l'époque de la dissolution ? Cette exclusion n'a-t-elle pas lieu au profit de l'un des époux ? Qu'importe qu'on ne sache pas encore lequel profitera du droit ? L'un ou l'autre en bénéficiera aux dépens de la communauté, voilà qui est incontestable. L'avantage qu'il retirera est donc essentiellement personnel et le caractère aléatoire de la clause n'empêche ni la diminution que souffre dans tous les cas le patrimoine commun ni l'augmentation que reçoit le patrimoine propre de l'un ou de l'autre des époux. « Cette deuxième opinion, dit M. Laurent (2), conduit à une singulière anomalie : la rente serait tout à la fois un bien de la communauté et un propre. Cela est impossible ; vainement invoque-t-on l'acte constitutif de rente ; les parties con-

1. Troplong. *Contr. aléat.* n° 254 ; Massé et Vergé sur *Zacharie* T. 5. p. 26, note 7 — Rennes, 3 janvier 1861, Sirey, 61, 2, 591 ; Besançon, 23 mai 1871, Sirey, 74, 2, 310 ; Caen, 12 mars 1874, Sirey, 74, 2, 310.

2. Laurent, T. 21 n° 219.

tractantes n'ont pas le droit de transformer un acquêt en propre. »

c. — Voici maintenant la solution qui est généralement acceptée par les auteurs et la jurisprudence. On reconnaît que l'acquisition de la rente est un conquêt de communauté et que la clause de réversibilité attribue un profit personnel à l'époux survivant.

Mais c'est là pour ce dernier, ajoute-t-on, un droit légitimement acquis; il devra seulement récompense à la communauté qui a fourni les deniers au débit-rentier. Quel sera le montant de la récompense? M. Guillouard s'appuyant sur plusieurs arrêts, distingue suivant la personne qui doit le service de la rente. Est-elle payée par une compagnie d'assurances? La récompense sera de la valeur estimative de la rente, calculée d'après le tarif de la Compagnie. La rente est-elle au contraire, servie par un particulier? On abandonnera le tarif des compagnies d'assurances et l'on prendra pour base la somme payée originairement pour la constitution de la rente, en tenant compte de l'âge de l'époux survivant. Cette troisième opinion est consacrée dans un grand nombre d'arrêts de jurisprudence (1).

1. Paris, 16 décembre 1819 et Orléans, 28 décembre 1843, Dalloz, *au mot Contr. de Mar.*, n° 1131; Cass. Req., 29 avril 1851, Sirey, 51, 1, 329; Req., 16 décembre 1867, Dalloz, 68, 1, 270; 6 mars 1873, Sirey, 74, 1, 129; Civ. cass., 20 mai 1873 et 30 décembre 1873, Dalloz, 74, 1, 72 et 364; Caen, 12 mars 1874, Sirey, 74, 2, 310; Paris, 26 juin 1880, Sirey, 80, 2, 315; Lyon, 6 janvier 1881, Sirey, 84, 2, 146. — V. aussi Guillouard, t. I, n° 377; Rodière et Pont, *Contr. de mar.* 2, nos 871 et 951; Pont, *Petits contrats*, I, n° 701.

L'objection capitale à laquelle se heurte ce système se devine aisément : c'est que les époux font un propre au survivant avec l'argent de la communauté. M. Guillouard réplique à la vérité que cette affirmation n'est plus exacte, du moment que la communauté reçoit à titre de récompense, la valeur de la rente viagère ; mais cette réponse ne nous semble pas concluante. De ce qu'un bien propre a été payé avec des deniers communs, il n'en garde pas moins son caractère de propre, après le paiement de la récompense à la communauté. Or on convient que la rente appartient à la masse commune ; elle se trouve donc contenue pour moitié dans la part de communauté qui revient aux héritiers de l'époux prédécédé : toute convention contraire à cette dévolution tombe sous l'application de l'article 1393. Certes, nous comprenons fort bien que l'époux survivant soit considéré comme le titulaire de la rente à l'égard du constituant, en ce sens que le paiement des arrérages devra se faire entre ses mains ; mais ce n'est pas une raison pour que la communauté perde un de ses droits. MM. Aubry et Rau qui s'étaient d'abord rangés à ce troisième système l'ont ensuite abandonné, pour se rallier dans leur dernière édition à la quatrième opinion qu'il nous reste à exposer (1).

d. — Nous pourrions reprendre ici, sous une forme dogmatique, les raisonnements que nous venons d'invoquer pour la réfutation des diverses opinions que nous avons examinées. Mais nous préférons montrer comment les principaux jurisconsultes qui l'ont soutenu, défendent le dernier système que nous croyons devoir admettre

1. Aubry et Rau, 4^e édit., t. V, p. 284.

comme le plus juridique. Lebrun se référant à une hypothèse analogue à la nôtre s'exprimait ainsi (1) : « et parce que le fonds n'est particulier à aucun des conjoints mais est de la communauté, le survivant rendra aux héritiers du prédécédé la moitié des revenus de chaque année à compter depuis le décès du prédécédé. » M. Laurent (2) dit que la rente acquise pendant le mariage étant un bien de communauté, fait partie de la masse qui doit être partagée à la dissolution ; puis il ajoute : « Si on l'en distrairait pour la rendre propre à l'époux survivant, on transformerait en propre un bien de communauté, on violerait donc la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales. » Nous terminerons par cette dernière citation, d'autant plus importante qu'elle constate un changement d'opinion chez d'éminents jurisconsultes (3) : « Un nouvel examen de la question nous porte à décider que malgré la stipulation de réversibilité, la rente constitue un conquêt de communauté, dont l'émolument sera le cas échéant partageable entre l'époux survivant et les héritiers du prémourant. Il ne saurait en effet dépendre des époux en dehors des conditions prescrites pour le remploi de créer des propres au profit de l'un deux : et il n'y a aucune raison de distinguer à cet égard entre l'acquisition d'une rente viagère et celle d'un immeuble. (4) »

1. *Communauté* Liv. I, ch. 5, *distinct*. 2 n° 17. V. aussi Pothier, *const. de rente*, n° 242.

2. T. 21, n° 219.

3. MM. Aubry et Rau, *loc. citat.* § 507, note 9.

4. Dans le même sens Mourlon, note dans Dalloz, 65,2, 73.

Une question analogue s'élève à propos du contrat d'assurances sur la vie. Nous n'exposerons pas ici la théorie si controversée de cette sorte de convention; nous n'avons qu'à rappeler seulement quelques règles générales et à indiquer l'opinion qui semble devoir être admise au point de vue qui nous occupe. Lorsqu'une personne, moyennant une prime qu'elle s'engage à payer, stipule d'une compagnie d'assurances une certaine somme au profit d'une ou de plusieurs autres personnes qui devront la toucher à son décès, on se demande si le droit est acquis directement au bénéficiaire, ou s'il n'est pas transmis à celui-ci par le stipulant qui en serait d'abord titulaire. D'après la jurisprudence la plus récente de la cour de Cassation, il y a lieu de faire la distinction suivante : ou l'assuré se réserve le droit de disposer jusqu'à son décès du capital assuré en faveur de telle personne qu'il lui plaira de choisir, ou bien il stipule directement au profit d'un tiers immédiatement désigné, sans se réserver la disposition ultérieure de la somme assurée. Dans le premier cas, qui constitue la forme la plus habituelle du contrat d'assurances, le droit au capital entre directement dans le patrimoine de l'assuré jusqu'à ce qu'il en dispose au profit d'un tiers. Si donc l'assuré est un époux commun en biens, la somme assurée appartiendra à la communauté, car elle constitue un droit mobilier. Si au contraire la police d'assurances porte la désignation d'un tiers qui doit profiter du capital assuré, c'est à lui que ce capital est ac-

Angers, 6 mars 1844, Sirey 46, 2, 37 ; Tribunal de Beaugé, 21 décembre 1872. Sirey, 73, 2, 90 ; Nîmes, 21 février 1875, cité par M. Verdier dans la *Revue pratique* T. 41 p. 5 et suiv.

quis directement et dans notre hypothèse d'une assurance faite par un époux commun, la communauté n'y a aucun droit (1). Par application de cette doctrine, lorsque le tiers désigné par l'époux commun est précisément sa femme, la somme assurée n'entrant pas en communauté, la femme l'acquiert directement de la compagnie d'assurances à titre de propre. Doit-elle alors récompense à la communauté ?

La Cour de Nancy (2) la soumet à cette obligation parce qu'autrement elle s'enrichirait aux dépens du patrimoine commun. Mais n'est-il pas plus vrai de dire que le mari, en payant les primes avec les deniers de la communauté, a fait une véritable donation à sa femme qui n'est pas dès lors tenue de la récompense. Il nous semble que cette intention de libéralité doit être, dans ce cas, facilement sous-entendue et que d'ailleurs le mari qui fait cette donation ne dépasse pas les pouvoirs que lui confère l'article 1422 (3).

1. Cass. 2 juillet 1884, Sirey 85, 1, 5. — V. aussi dans ce sens Guillouard, *Contr. de Mar.* T. I. n 378.

2. Nancy, 21 janvier 1882 Sirey, 83, 2, 35.

3. Cass. 15 décembre 1873, Sirey, 74, 1, 199; Besançon, 29 juin 1875, Dalloz, 78, 1, 429; Rouen, 6 février 1878, Dalloz, 78, 2, 189; Rennes, 23 juin 1879, Dalloz, 79, 2, 152; Besançon, 10 février 1881, *Journal le Droit* du 24 septembre 1881; Caen, 6 décembre 1881, Sirey, 83, 2, 33. — Herbault, *Traité des assurances sur la vie*, n° 357; Laurent, T. 21, n° 235; note de M. Lyon-Caen jointe à un arrêt de Douai du 31 janvier 1876, Sirey, 77, 2, 33.; notes de M. Labbé sur 5 arrêts de la Cour de Cass. des 7 et 12 février et 28 mars 1877; Sirey, 77, 1, 393; du 2 mars 1881; Sirey, 81, 1, 145; et du 2 juillet 1884; Sirey, 85, 1, 5.

Faut-il appliquer la même solution lorsque l'assurance a été contractée par les deux époux communs au profit du survivant ? sans doute comme dans l'hypothèse précédente, le capital assuré sera encore propre à celui qui en bénéficiera ; mais il paraît plus juridique d'accorder une récompense à la communauté pour les primes qu'elle a déboursées. C'est qu'en effet, dans notre hypothèse, l'attribution que se font les époux en faveur du survivant a le même caractère aléatoire que la constitution de rente viagère avec la clause de réversibilité au profit du survivant, dont nous nous occupions tout à l'heure : on ne saurait donc présumer une intention libérale de l'époux prédécédé en faveur de son conjoint. Il est vrai que le droit de celui-ci est propre, à la différence de ce que nous avons admis pour le cas de rente viagère ; mais tout au moins doit-il récompense à la communauté (1).

Si, lors du mariage, l'époux était officier ministériel ou s'il l'est devenu pendant le mariage, le prix de l'office ministériel reste-t-il propre à l'époux qui en est titulaire, ou bien tombe-t-il dans la communauté ?

M. Labbé (2) est d'avis que le prix de l'office ministériel ne doit pas entrer en communauté. La vénalité des offices a disparu ; n'étant plus dans le commerce, l'office ministériel appartient au seul titulaire ou à ses héritiers. Sans doute, l'officier ministériel présente à l'agrément du gouvernement un candidat pour le remplacer ; et à l'effet d'être présenté, ce candidat a versé une somme

1. Guillouard. *Cont. de mar.* T. 2 n° 1016.

2. *Note* jointe à un arrêt de Cassation du 6 avril 1880, Sirey 81, 1, 49.

d'argent entre les mains de celui dont il sera le successeur ; mais il n'y a point là de vente ; l'équivalent de la charge, de son importance, du talent, de l'honorabilité du titulaire qui se démet de ses fonctions, est apprécié en argent, voilà tout. Toutefois l'époux devra récompense à la communauté de la somme qu'elle a consacrée à obtenir la démission du titulaire précédent de l'office ministériel.

Cette doctrine n'est pas universellement admise (1). Nous croyons que, d'après les règles sur la composition des patrimoines, la communauté aura droit à la valeur de l'office ministériel. Il est vrai que les offices ministériels ne sont plus dans le commerce ; mais la loi du 26 avril 1816 qui autorise l'officier ministériel à présenter un successeur, moyennant un prix débattu entre lui et son candidat, lui procure les avantages d'une véritable vente. Le prédécesseur a, d'après la doctrine et la jurisprudence, le privilège du vendeur d'effets mobiliers de l'article 2102, 4^e ; la loi du 25 juin 1841 (art. 6 et 7) soumet le traité de cession d'office au droit de 2 0/0, auquel sont assujetties les ventes mobilières. Nous sommes donc amené à conclure qu'au fond la cession d'un office ministériel est bien une vente ; ses avantages pécuniaires doivent donc entrer en communauté. Toutefois ce qui entre en communauté, ce n'est pas l'office lui-même qui, indubitablement, est hors du commerce, c'est l'émolument de la cession. Nous en concluons que si la commu-

1. V. Guillouard, T. I, n° 379 ; Duranton T. 14, n° 130 ; Rodière et Pont T. I, n° 448 ; Aubry et Rau T. 5, § 507, texte et note 12, p. 285 ; Colmet de Santerre, T. 6, XXI bis I ; Laurent T. 21, n° 225.

nauté prend fin par un mode de dissolution autre que la mort du mari, par le divorce par exemple, l'époux n'est pas obligé de donner sa démission pour verser dans la masse commune la valeur de l'office. Il y a un intérêt d'ordre public à ce que, dans pareille situation, un officier ministériel ait le droit de rester en fonctions. Il pourra donc conserver l'office dont il est titulaire; seulement il sera débiteur envers la communauté de la valeur de l'office au moment de la dissolution. C'est cette valeur, et non pas le prix qui pourra être retiré plus tard de l'office, qui devra être exigée; et seulement à l'époque où l'office sera cédé par le débiteur de l'ancienne communauté (1).

2° *Les époux ne peuvent rendre commun un bien qui doit être propre.*

Les articles 1404 (1^{er} al.) 1405, 1406, 1408 fournissent des applications très simples de cette règle. Les époux ne pourraient, de même, faire entrer dans la communauté le mobilier présent ou futur qui en serait exclu par le contrat de mariage; la communauté conventionnelle est soumise évidemment, sous ce rapport, aux mêmes règles que la communauté légale.

Une difficulté s'est élevée sur le cas d'échange. Aux termes de l'article 1407, l'immeuble acquis en échange

1. Agen, 2 décembre 1836, Sirey, 37, 2, 309; Paris 6 avril 1843, Sirey 43, 2, 172; Paris, 21 avril 1857, Sirey, 57, 2, 249; Riom 28 mars 1859, Sirey, 60, 2, 30; Douai, 14 février, 1863, Sirey, 64, 2, 109; Cassation, 6 janvier 1880, Sirey 81, 1, 49, et Dalloz 80, 1, 361. — Rodière et Pont T. I, n° 446 et suiv.; Aubry et Rau, t. 5, § 507, p. 285.

d'un immeuble appartenant à l'un des époux, n'entre point en communauté et est subrogé aux lieu et place de celui qui a été aliéné. Mais cette subrogation est-elle imposée aux époux, et ne peuvent-ils s'y soustraire en déclarant commun l'immeuble acquis en contre-échange? Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 31 juillet 1832 (1) a décidé que la règle de l'article 1407 n'a rien d'impératif; qu'elle présume seulement l'intention ordinaire des époux, mais que ceux-ci peuvent y déroger par une convention contraire. MM. Aubry et Rau (2) sont également de cet avis.

Ils font remarquer que les époux pouvant aliéner leurs immeubles propres sans emploi, rien ne les empêche d'aliéner de même sans emploi, un immeuble reçu en échange d'un propre. Or, si l'époux co-échangiste peut, postérieurement à l'échange, renoncer au bénéfice de la subrogation, pourquoi ne pas lui accorder directement ce droit dans le contrat d'échange? Le résultat étant absolument le même, il est puéril de le retarder en face d'une manifestation de volonté de l'époux.

Ces arguments ne peuvent nous convaincre que le législateur ait voulu n'attribuer qu'un caractère purement énonciatif à l'article 1407. Sans doute, ce n'est pas une disposition d'ordre public, puisqu'il est loisible aux époux d'y déroger dans le contrat de mariage, mais elle fait partie des conventions matrimoniales et par suite se trouve soumise à l'application de l'article 1395. Nous

1. Sirey 32, 1, 505.

2. Aubry et Rau. T. 5 § 503 bis, texte et note 23, V. aussi Rodière et Pont n° 652 et Guillouard T. 2 n° 465.

savons, en effet, que les époux qui se marient sans contrat, acceptent tacitement le régime de communauté légale ; ils ne peuvent donc pas plus, dans ce cas, modifier les conséquences du régime quant aux biens, qu'ils n'auraient le droit de changer les dispositions faites par eux-mêmes dans leur contrat de mariage. Qu'importe qu'ils arrivent au même résultat par d'autres moyens, pourvu qu'ils respectent le principe de l'immutabilité ! Du reste, l'assimilation qu'on prétend faire est inexacte. Quand la femme vend un immeuble personnel, la créance du prix lui reste propre et aucune convention entre époux ne saurait la rendre commune. Si le prix tombe en communauté, c'est que l'argent, est chose consumptible et que le quasi-usufruit de la communauté lui en transfère la propriété. Avec cet argent il est évident que la communauté peut acheter un immeuble qui sera commun, tandis que l'immeuble de la femme était propre, mais il n'y a là qu'un effet naturel des principes et l'article 1407 est hors de cause.

Les époux ne peuvent pas plus éviter la subrogation de l'article 1407 dans le cas d'échange, qu'ils ne sont admis à rendre personnelle la créance du prix dans la vente d'un immeuble propre.

Il arrive parfois, que le contrat de mariage portant stipulation de communauté, rende obligatoire le emploi des immeubles aliénés, en déclarant les tiers responsables du défaut de emploi. Cette clause est considérée comme valable ; elle diffère de la condition d'inaliénabilité, en ce que le tiers acquéreur ayant commis l'imprudence de payer son prix entre les mains du mari sans

que le remploi soit effectué, ne peut être actionné en revendication par la femme, mais doit seulement l'indemniser du préjudice souffert, et pourra être tenu de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix. Dans le cas où le remploi est ainsi obligatoire, la femme pourra-t-elle y renoncer ? Il a été jugé que non (1) et cette décision est très juridique, car il y a violation manifeste de l'article 1395. Non seulement la femme supprime une clause particulière de son contrat de mariage, mais encore elle modifie la composition des patrimoines, puisqu'elle va rester créancière au lieu de redevenir propriétaire, comme l'eussent voulu ses conventions matrimoniales, et que les pouvoirs du mari vont se trouver considérablement agrandis par cette renonciation.

La jurisprudence annule les conventions qui tendent à faire entrer dans la communauté les rentes ou pensions déclarées par le constituant incessibles et insaisissables, par le motif que la mise en communauté du titre équivaldrait à une aliénation partielle. Cette solution s'applique à toutes les pensions dues par l'Etat qui sont déclarées incessibles par diverses lois, comme les pensions de réforme ou de retraite, les pensions militaires de la Légion d'Honneur (2). La Cour d'Alger a décidé dans un arrêt récent (3) qu'il n'en saurait être autrement de l'indemnité accordée aux victimes du 2 décembre 1851 par

1. Cass. Rej. 19 juillet 1865, Dalloz 65, 1, 431.

2. Cass. Civ. 3 février 1830, Sirey C. N. IX, 1, 446. Troplong. *Contr. de Mar.* n° 410; Dalloz. *Jurisprudence générale* T. 13 n° 615 et 616.

3. Alger, 11 mars 1885, Dalloz, 86, 2, 222.

La loi du 13 juillet 1881, indemnité que l'article 1 de cette loi déclare expressément incessible et insaisissable. La circonstance qu'aux termes de l'article 13, la moitié de cette pension viagère est réversible sur les veuves non remariées des titulaires, n'en modifie pas le caractère : cette disposition n'ouvre en effet, au profit de la femme, qu'un droit purement éventuel qui ne lui est réservé qu'en cas de veuvage et alors seulement qu'elle n'est pas remariée.

Au contraire, la gratification donnée au mari pour services rendus à la patrie avant ou pendant le mariage, ne lui reste pas personnelle et doit être comptée à l'actif de la communauté. Cette solution a été adoptée pour la pension accordée à un blessé de juillet, en vertu de la loi du 30 août 1830 (1).

Que décider pour les dommages-intérêts obtenus par l'un des époux pour crime ou délit commis sur sa personne ? On doit les comprendre dans la communauté. Si d'ailleurs le crime a été commis pendant le mariage, il y a un motif particulier de se prononcer dans ce sens : c'est que le dommage a porté préjudice non seulement à l'époux mais encore à la communauté appelée à bénéficier des résultats constants de l'activité et de l'industrie des époux (2). Mais il ne faut pas hésiter à considérer comme propre, la somme attribuée à titre d'indemnité au mari contre le complice de sa femme adultère. Il s'est rencontré une femme, qu'aucune épithète ne saurait

1. Colmar, 20 décembre 1832, Sirey, 33, 2, 185.

2. Rodière et Pont T. I, n° 457 ; Troplong I, n°s 422 et 423 ; Guillouard T. I n° 363.

suffisamment flétrir, pour réclamer, comme d'un conquêt de communauté, le partage de la somme dont son complice avait été condamné à indemniser le mari (1). Cette demande odieuse fut repoussée; en fait, tout le monde est satisfait du résultat si moral; en droit il y a des dissidences tenant à ce que le préjudice causé au mari rejaillit sur la communauté. Au seul point de vue juridique, il nous paraît que M. Labbé a suffisamment justifié l'arrêt précité de la cour de Rennes (2) et sa confirmation en cassation. Nous ne résistons pas au désir de reproduire ce passage de la note de notre si distingué maître : « L'un des auteurs d'un délit et d'un dommage ne doit pas, en invoquant le contrat dont le délit est la violation, bénéficier en partie de l'indemnité allouée à la victime du délit. L'adultère est la violation des obligations du mariage. Le régime de communauté est la conséquence du mariage. L'époux qui manque aux obligations du mariage ne doit pas, en invoquant la communauté de biens, c'est-à-dire un des effets du mariage, tirer avantage de la créance de dommages-intérêts appartenant à son conjoint à raison de ce délit, en vertu de jugement et de transaction. Cette raison est, non pas une raison de sentiment ou de pure morale, mais une raison de droit : elle dérive de la force obligatoire et du respect des contrats. Elle nous conduit juridiquement à reconnaître un propre en dehors des hypothèses prévues par la loi. »

1. Rennes, 22 février 1869 et Cass. 5 février 1873, Dalloz. 73, 1, 209.

2. Note dans Dalloz 73, 1, 209.

B. — *Pouvoirs des époux.*

Sous le régime de communauté, le mari a sur ses propres biens, tous les pouvoirs d'administration et de disposition qui appartiennent à un propriétaire ; il a de plus, sur les biens communs, des pouvoirs considérables que lui accordent les articles 1421 et suiv., comme chef de la communauté ; enfin, la loi lui donne encore un pouvoir d'administration ordinaire sur les biens personnels de la femme. Tous ces droits du mari, faisant partie des conventions matrimoniales, ne peuvent évidemment recevoir aucune modification pendant le mariage. Ainsi le mari ne pourrait se dépouiller en faveur de la femme des pouvoirs qu'il a sur ses propres biens ou sur les biens de la communauté, ou les partager avec elle. Cette faculté lui est même interdite dans le contrat de mariage, par la disposition spéciale de l'article 1388.

En ce qui concerne les biens personnels de la femme, leur administration peut, sans doute, être enlevée au mari par les conventions matrimoniales, car ce n'est pas là une règle d'ordre public comme ce qui est édicté par l'article 1388 ; mais si le contrat n'apporte sur ce point aucune dérogation aux règles ordinaires du régime, l'administration doit rester au mari jusqu'à la dissolution, malgré toute clause contraire.

Cette prohibition n'apporte, du reste, aucune entrave au droit qui appartient à toute personne de choisir un mandataire, même incapable en droit, pour faire en son

lieu et place des actes d'administration ou même de disposition (art. 1990). Le mari pourra donc charger sa femme d'administrer ses biens personnels, ou les biens de la communauté, ou même ses propres biens à elle. L'article 1420 ne laisse d'ailleurs aucun doute : « Toute dette qui n'est contractée par la femme qu'en vertu de la procuration *générale* ou *spéciale* de son mari, est à la charge de la communauté et le créancier n'en peut poursuivre le paiement, ni contre la femme, ni sur ses biens personnels. (1) »

Tous les auteurs reconnaissent que, en raison des rapports qu'établit la société conjugale entre le mari et la femme, celle-ci est réputée agir en vertu d'un mandat tacite pour toutes les dépenses ordinaires du ménage, pour « toutes choses ordinaires et nécessaires, selon la condition des personnes » comme disaient les anciens

1. Malgré les termes si précis de l'article 1420, on a soutenu que le mari ne pouvait confier à la femme un mandat général. Pour tout acte juridique, a-t-on dit, l'autorisation maritale doit être *spéciale*; comme telle, elle ne peut s'appliquer qu'à un mandat *spécial*; comment pourrait-elle habiliter la femme à être mandataire *général*? D'abord on peut répondre en arguant de l'article 1029 qu'il ne serait pas impossible que le mari donnât à la femme une autorisation spéciale à l'effet d'accepter un mandat général; mais il faut surtout remarquer que l'article 1990 permettant à la femme d'être choisie par un tiers comme mandataire général ou spécial (l'article ne distingue pas), *sans l'autorisation du mari*, une autorisation spéciale du mari, lorsqu'il est mandant, suffit *a fortiori* à habiliter la femme à être son mandataire général. (V. *note* dans Dalloz sur un arrêt de la cour de Bruxelles du 23 juillet 1884, D. 86, 2, 185).

auteurs. Il faut donc tenir compte à ce point de vue de la condition des personnes ; mais les fournisseurs seront prudents s'ils méditent surtout ces paroles que leur adresse d'Argentré, au sujet des dépenses exceptionnelles, *ultra modum*, de la femme : « Ayez soin de ne pas faire de pareilles opérations, car vous vous exposez à ne pas être payés. » Le mari peut, en effet, refuser d'acquitter les dettes exagérées que la femme contracte en abusant de son mandat.

Les tribunaux ont été appelés à statuer sur la question de savoir si la femme ayant reçu mandat d'administrer son propre patrimoine, est responsable envers son mari comme un mandataire ordinaire, des suites de son administration. L'opinion générale de la jurisprudence est que cette responsabilité de droit commun n'atteint pas la femme. La puissance maritale impose au mari le devoir de protéger sa femme contre sa propre inexpérience ; il ne saurait donc la considérer comme responsable des fautes qu'elle a pu commettre dans l'administration qu'il lui a confiée. Ce motif doit également la dispenser de rendre, comme un mandataire ordinaire, un compte détaillé de sa gestion, avec pièces justificatives. Mais, comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, elle devra compte à son mari du profit personnel qu'elle a pu retirer de son administration (1).

Tel est encore l'avis de MM. Aubry et Rau (2) qui

1. Cass. 8 février 1853, Sirey 53, 1, 425 ; Bordeaux 14 juin 1853, Dalloz 54, 2, 39 ; Besançon 18 novembre 1862, Sirey, 63, 2, 407 ; Cass. 25 novembre 1868, Dalloz, 69, 1, 148.

2. Aubry et Rau T. 5, p. 331.

dans l'hypothèse où la femme a mandat de son mari de gérer les affaires communes, font justement observer qu'il ne peut se décharger sur elle du devoir que la loi lui impose d'exercer cette administration ; elle sera donc seulement tenue jusqu'à concurrence de son profit personnel et elle ne répondra que de son dol. En conséquence, nous croyons devoir rejeter l'opinion de M. Laurent (1), qui ne voit autorisée par aucun texte cette atténuation considérable de la responsabilité de la femme et qui la déclare tenue non seulement de son dol, mais de sa faute, par application de l'article 1992. M. Laurent admet seulement cette restriction qu'on ne pourra imputer à la femme que sa faute légère *in concreto*, parce que dans l'espèce, le mandat est contracté *intuitu personæ* et qu'il est purement gratuit. M. Laurent nous semble oublier que, sous le régime de communauté, la femme n'administre même pas son patrimoine, et que par conséquent, on ne peut comparer sa diligence de mandataire à celle qu'elle apporte ordinairement dans ses propres affaires. La vérité est que la femme se trouve déchargée de la responsabilité de droit commun, en matière de mandat, par suite des obligations qu'impose au mari la puissance maritale.

Dans un ordre d'idées analogue un arrêt de Bordeaux (2) a décidé que la femme qui a agi, non plus comme mandataire, mais à titre de gérante d'affaires, oblige valablement son mari, lorsque du moins celui-ci ratifie l'engagement.

1. Laurent, T. 21, n° 103.

2. Bordeaux 28 avril 1846, Sirey 48, 2, 239.

Nous pensons même qu'elle pourrait faire sur ses propres biens, sans aucun mandat de son mari, les actes conservatoires urgents qu'il aurait négligé d'accomplir. Les motifs qui ont dicté la prohibition de l'article 1395 n'ont plus lieu ici de s'appliquer (1).

C'est ainsi que la femme aurait le droit, si les créanciers du mari ou de la communauté avaient compris ses propres dans une saisie, de demander la distraction de ses biens personnels, conformément aux dispositions du Code de procédure civile (2).

C. — *Liquidation et Partage.*

La communauté se dissout par la mort de l'un des époux, par le divorce et par la séparation de biens principale ou accessoire à la séparation de corps. Cette dissolution est suivie de toutes les opérations qui constituent la liquidation de la communauté. La femme ou ses héritiers prennent parti sur l'acceptation ou la répudiation de la communauté; puis on procède à la composition de la masse, et enfin le partage se fait conformément aux règles de la loi ou aux dispositions du contrat de mariage. Le principe de l'article 1395 doit continuer à recevoir son application relativement à tous ces actes, qui ne sont en réalité, que des conséquences du régime adopté par les époux.

1. Sic. Guillouard, *Contr. de Mar.* T. 2, n° 878.

2. Colmar, 24 janvier 1832, Dalloz *Contr. de mar.* n° 1622

D'abord les époux ne pourraient convenir, même par contrat de mariage, que la communauté continuera après la dissolution. La loi veut en effet, que le régime cesse avec le mariage ; l'article 240 de la Coutume de Paris qui permettait aux enfants mineurs de se prévaloir de la continuation de la communauté contre l'époux survivant dans le cas où il avait négligé de faire inventaire, est abrogé par l'article 1442 C. civ. qui se borne du reste à faire une application de la règle : *Accessorium sequitur principale*.

Quant au choix qui appartient à la femme d'accepter ou de répudier la communauté, elle ne peut y renoncer, soit par contrat de mariage, soit après la célébration : toute convention contraire est nulle, dit l'article 1453. Elle ne pourrait pas davantage accepter ou renoncer par avance, avant la dissolution de la communauté. « La faculté accordée à la femme ou aux siens de renoncer à la communauté est essentiellement d'ordre public » disait Berlier dans son exposé des motifs au corps législatif(1). Néanmoins, il est généralement admis que la femme peut déclarer, lorsqu'elle s'oblige valablement pendant le mariage envers un créancier, qu'elle continuera d'être tenue personnellement, pour le cas où elle renoncerait à la communauté. L'article 1494 donne cette décision, lorsque la femme s'oblige conjointement avec son mari ; pourquoi lui refuserait-on le même droit dans notre hypothèse, alors que la communauté est toujours tenue et que la femme aura un recours contre son mari (2) ?

1. Fenet XIII, p. 674.

2. Colmet de Santerre, T. 6 p. 269 ; Guillouard, T. 3 n° 1241 ; *contra* Laurent T. 22 n° 364.

Il y a même un cas où la femme peut accepter ou renoncer avant la dissolution, mais il ne constitue pas, en réalité, une exception à notre règle. Supposons que la femme prenne son parti pendant l'instance en séparation de biens; son choix sera valablement fait, si elle gagne son procès, car le jugement de séparation remonte pour ses effets, au jour de la demande (art. 1445 *in fine.*). On explique cette rétroactivité qui blesse la règle d'après laquelle les jugements attributifs de droits nouveaux ne produisent effet que du jour de la sentence, par le danger qu'il y aurait à laisser un mari dissipateur continuer l'administration pendant les débats. Aussi ne donnerons-nous pas la même solution lorsque la séparation de biens intervient accessoirement à la séparation de corps : ici la rétroactivité n'a pas lieu, et la renonciation de la femme à la communauté pendant l'instance, ou son acceptation, sont complètement nulles (1).

Le droit de renoncer à la communauté appartiendrait-il au mari, s'il se trouvait légataire universel de la femme? Non évidemment; car sa qualité de légataire doit céder le pas à celle de chef de communauté; sa renonciation ne pourrait du reste s'expliquer que par un principal motif : celui de s'affranchir des droits de mutation (2).

Le partage devant avoir lieu après l'acceptation de la femme, les époux ne peuvent incontestablement faire un partage avant la dissolution. Une application particulière a été faite en ce sens par le tribunal de Bordeaux (3). Il

1. Guillouard, T. 3 n° 1159.

2. Cass., 26 mars 1849, Dalloz, 50, 1, 91.

3. Jt. du S. 8 décembre 1831, Dalloz, au mot *Contr. de mariage*, n° 343.

est de même interdit aux conjoints de modifier, par un acte postérieur à la dissolution de la communauté, les bases du partage telles que les fixe le contrat de mariage ; ou bien encore de stipuler, contrairement à l'article 1476, que les règles du partage ne seront pas conformes à celles établies au titre des *Successions*.

Cette assimilation entre les effets du partage de communauté et ceux du partage héréditaire va-t-elle nous permettre d'appliquer ici l'article 883, sur l'effet déclaratif du partage de succession ? Il ne faut pas hésiter à répondre affirmativement ; aucun obstacle ne s'y oppose. Nous admettons même, par suite de cette idée que la communauté n'est pas une personne morale, que l'effet rétroactif remonte au jour où commence l'indivision. Seulement, il faudra maintenir tous les actes que le mari aura passés en qualité de chef de la communauté. Ainsi les hypothèques consenties par lui sur les biens communs devront être respectés par la femme ou ses héritiers. La fiction légale de l'article 883 ne saurait, en effet, prévaloir contre le droit de disposition absolue qui appartient au mari sur les biens de la communauté ; sans quoi, il y aurait modification aux conséquences du régime. Cette restriction est très généralement admise en doctrine et par la jurisprudence (1).

1. Colmet de Santerre, t. VI, n° 149 bis, II ; Aubry et Rau, t. V, § 519 ; Laurent, t. XXIII, n° 18 ; Guillouard, t. III, n° 1336. — Lyon, 16 juillet 1881, Sirey, 82, 2, 237 ; compar. Cass, 24 janvier 1837, Sirey, 37, 1, 106.

Régime dotal.

A. — Condition des biens dans le régime.

Une fois le mariage célébré, les époux ne peuvent par aucune convention, modifier la nature juridique de tel ou tel bien particulier. Le contrat de mariage détermine, irrévocablement, la qualité des biens que possèdent actuellement les conjoints ou qui peuvent leur échoir par la suite. Tel bien sera donc définitivement dotal, tel autre paraphernal, tel autre aliénable avec ou sans conditions, tel autre inaliénable. Nous rechercherons les applications de ce principe dans une double règle ainsi posée : 1^{re} Règle : Les époux ne peuvent déclarer dotal un bien qui, d'après le contrat de mariage, est ou doit être paraphernal ; 2^e Règle : Les époux ne peuvent déclarer paraphernal un bien qui, d'après leurs conventions matrimoniales, est ou doit être dotal. Examinons en détail chacune de ces deux règles en passant en revue leurs plus importantes applications.

1^o R. — *Les époux ne peuvent déclarer dotal un bien, qui d'après le contrat de mariage est ou doit être paraphernal.*

Le contrat de mariage doit déterminer exactement quels biens sont dotaux ou le doivent devenir ; et quoique la dotalité, sous le régime dotal, entraîne l'inaliénabilité qui est un état de choses contraire au principe économique de la libre circulation des biens, la loi permet, en faveur du

mariage, de faire des constitutions de dot dans une proportion illimitée (art. 1541 et 1542). Mais le mariage célébré, la dot n'est susceptible d'aucune augmentation, car le contrat de mariage a dû la constituer définitivement (art. 1543).

Pourquoi cette prohibition inconnue en droit romain et dans la jurisprudence générale des pays de droit écrit (1) ? « Il y aurait inconvénient, disait Tronchet (2), à permettre l'augment en ce que la dot *étant inaliénable dans toutes ses parties*, et ne pouvant, par cette raison, être engagée, il en résulterait que, pour se donner un faux crédit, on ne montrerait que le contrat de mariage et non le titre qui constitue l'augment ; ainsi les biens advenus de cette dernière manière paraîtraient disponibles et capables de répondre de l'emprunt ». D'après Tronchet, l'article 1543 prohiberait l'augmentation de la dot pour empêcher les fraudes vis-à-vis des tiers. Nous ne croyons pas que ce soit là, la véritable pensée de la loi. Pour que le motif invoqué par Tronchet pût s'appliquer à la dot mobilière, dont l'augmentation est défendue comme celle de la dot immobilière, il faudrait que la dot mobilière fût certainement inaliénable ; or, si c'est là l'avis de la jurisprudence, c'est une théorie à laquelle la doctrine n'attache qu'un bien médiocre crédit.

1. Dans le ressort des Parlements de Bordeaux et de Toulouse, on suivit toujours exactement le droit romain. Mais dans certaines provinces, on avait fini par décider que l'augmentation de la dot pourrait avoir lieu pendant le mariage, mais non sa constitution.

2. Loqué, t. XIII, 229 n. 8.

Même au point de vue de la dot immobilière, les époux sont entièrement libres de décider dans le contrat de mariage quels seront les immeubles susceptibles d'aliénation. Que devient donc alors le motif de Tronchet, puisque lors même que les immeubles dotaux seraient, par contrat de mariage, tous déclarés aliénables, cela n'empêcherait pas l'application de l'article 1543 ? Selon nous c'est simplement parce que le régime dotal n'a été inséré dans nos lois qu'à regret et pour donner satisfaction à de vives réclamations des pays de droit écrit, que les rédacteurs du Code en ont restreint les applications autant que possible. Du reste il fallait, au point de vue des rapports des époux mettre en harmonie l'article 1543 avec l'article 1395, en rompant formellement avec les idées romaines et des pays du Midi. C'est du moins l'opinion formelle de Berlier (1).

Il résulte de notre règle que les époux ne peuvent étendre la dotalité dans les cas suivants :

a. — L'immeuble acquis des deniers dotaux non soumis par le contrat de mariage à la condition d'emploi, n'est pas dotal, quand même il aurait été déclaré dans l'acte d'acquisition que l'immeuble servirait d'emploi à ces deniers et lors même que la femme aurait accepté cet emploi (2) (art. 1553, 1^o). Le mari est propriétaire, en vertu de son droit d'usufruit, de la dot constituée en argent, à la charge de la rendre à la dissolution du mariage. En

1. Locré, t. XIII. p. 381,

2. Grenoble 12 juin 1862, Sirey 63, 2, 10 ; Cass. 26 mars 1866, Dalloz, 66, 1, 503.

transformant cette dot en immeuble dotal, on la rendrait inaliénable ; elle serait hors du commerce et soustraite au gage des créanciers du mari ; de tels résultats sont inadmissibles.

Mais si l'immeuble acquis n'est pas dotal, que devient-il ? Appartient-il au mari ? Est-il un paraphernal de la femme ? La question est subordonnée à la manière dont l'immeuble a été acquis. Dans la plupart des cas, il appartiendra au mari, qui détenteur des deniers dotaux et maître de leur emploi, les aura consacrés à l'acquisition d'un immeuble. Bien entendu, le mari restera toujours débiteur de la dot.

Rien ne s'oppose à ce que l'acquisition soit faite pour le compte de la femme. Nous croyons que l'immeuble lui appartiendra, mais ce sera un paraphernal d'une nature particulière.

Le mari doit en avoir l'administration et la jouissance. Ces droits correspondent à ceux qu'il possédait sur les deniers dotaux, et l'en priver serait porter atteinte aux conventions matrimoniales, puisque ses pouvoirs seraient restreints. (1) L'immeuble restera paraphernal en ce sens qu'il pourra être aliéné par la femme, dûment autorisée ; qu'il sera le gage des créanciers envers lesquels s'est obligée la femme au cours du mariage.

Ce dernier point, toutefois, est controversé. « Si le mari, administrateur de la dot mobilière, dit M. Bertauld, (2) en fait un emploi mobilier, s'il la place en rentes,

1. Duranton XV, 426 ; Odier T. 3, n° 1187 bis ; Aubry et Rau T. 5, p. 537. Caen, 8 août 1868, Sirey 70, 2, 416.

2. Bertauld, *questions* p. 500.

en obligations de chemin de fer, il la fait profiter des chances de hausse de ces valeurs, et la plus-value ne devient pas le gage des créanciers de la femme, qui n'ont pas la dot pour obligée. Pourquoi le placement immobilier des deniers dotaux ne serait-il pas aussi inviolable que le placement mobilier? »

MM. Aubry et Rau, après avoir posé le principe que les créanciers envers lesquels la femme s'est engagée durant le mariage, ne peuvent, même après la dissolution, saisir sa dot mobilière, ajoutent qu'il en est ainsi alors même que la dot mobilière se trouve représentée, en tout ou en partie, par des immeubles non frappés de dotalité (1). « En pareil cas, les créanciers de la femme ne pourraient saisir ces immeubles qu'à charge d'en faire ressortir la partie de la dot mobilière qu'ils représentent; et si ces objets venaient à être volontairement aliénés, la femme serait autorisée à prélever, sur le prix en provenant, cette partie de sa dot, au détriment même des créanciers auxquels elle aurait conféré hypothèque pendant le mariage (2). »

Nous croyons cependant qu'on peut soutenir que l'immeuble acquis avec les deniers dotaux, pour le compte de la femme, peut être saisi entièrement par les créanciers envers qui elle s'est obligée durant le mariage. Cet im-

1. T. 5, p. 611.

2. *Sic.* Tessier, p. 248 *note* 41; Devilleneuve, *Observ.* Sirey 58, 4, 257 à la note, sur un arrêt de Cass. 1 décembre 1857, Sirey 58, 1, 257; Cass. 11 mai 1859, Sirey 59, 4, 481; Caen, 27 décembre 1860, Sirey 61, 2, 284; Grenoble, 4 mars 1868, Sirey 68, 2, 207; Montpellier, 21 juillet 1871, Sirey 71, 2, 88.

meuble en effet ne peut pas être regardé comme l'exacte représentation de la dot mobilière. Si l'immeuble périt par cas fortuit, le mari sera néanmoins tenu de restituer à la femme, lors de la dissolution du mariage, la valeur de la dot mobilière qu'il a reçue. C'est la femme qui a consenti, d'autre part, à devenir propriétaire d'un immeuble au lieu de rester créancière de deniers dotaux. Elle a dû tacitement se soumettre aux conséquences de cette transformation.

Bien que l'immeuble acquis avec les deniers de la dot, pour le compte de la femme, doive être classé parmi ses paraphernaux, le mari ne reste pas moins débiteur des deniers dotaux, car il n'a pu faire une restitution anticipée de la dot. Mais il sera libéré, si à la dissolution du mariage, l'immeuble représente exactement la valeur des deniers dotaux.

b. — Les immeubles que la femme recueille dans la succession de celui qui lui avait constitué une dot en argent, encore due lors de son décès, ne sont pas dotaux, quoique leur valeur comprenne ou représente le montant de la dot. Ces immeubles sont paraphernaux ; mais ainsi que dans le cas précédent, le mari en a la jouissance jusqu'à concurrence des intérêts de la dot (1).

c. — L'immeuble cédé au mari, même par un ascendant de la femme, (la loi ne distingue pas) en paiement d'une dot promise en argent, ne peut être rendu dotal. (Art. 1553, al. 2). Il reste propre au mari qui devient

1. Cass. 1 décembre 1857, Sirey, 58, 1, 237 ; Agen, 18 mai 1858, Sirey 58, 2, 373.

débiteur de la dot ; si, toutefois, la dation en paiement a été faite au profit de la femme et acceptée par celle-ci, l'immeuble cédé devient paraphernal, sous la charge de la jouissance du mari.

d. — L'immeuble livré par la femme ou par un tiers, en remplacement d'un immeuble dotal dont le mari a été évincé, ne peut être déclaré dotal. Si c'est un tiers qui a livré l'immeuble, ou bien le mari en sera propriétaire, et deviendra alors débiteur de la valeur de l'immeuble dont il a été évincé ; ou bien cet immeuble sera un paraphernal de la femme, le mari en conservant l'administration et la jouissance. Si c'est la femme qui abandonne à son mari un de ses paraphernaux pour l'indemniser du préjudice que l'éviction lui a fait souffrir, ce paraphernal restera à la femme en propriété, mais le mari en acquerra la jouissance (1).

MM. Toullier (2) et Rodière et Pont (3) pensent au contraire, qu'il y a subrogation de l'immeuble acquis à l'immeuble évincé. Il faut appliquer par analogie, selon ces auteurs, les dispositions de l'article 1559.

Que faut-il décider pour l'immeuble qui tombe, par l'effet du partage, dans le lot de la femme, qui l'a rapporté à la succession de l'ascendant qui le lui avait constitué en dot ? Si le partage attribue à la femme ce même immeuble, il conserve sa qualité de bien dotal. Mais si

1. *Sic*, Aubry et Rau, T. 5 p. 538.

2, Toullier T. 14 n 91.

3. R. et P. *Du cont. de mar.* T. 3, n° 1685.

elle reçoit d'autres biens en échange, ils ne sont pas frappés de dotalité (1)

La règle que la dot ne peut être transformée pendant le mariage, s'applique, avec ses conséquences, même au cas où la constitution de dot comprend l'ensemble des biens à venir. La doctrine contraire, soutenue par M. Dutruc (2) nous semble faire une confusion. L'immeuble acquis avec les deniers dotaux est dotal, dans cette opinion, parce que la clause de dotalité frappe toutes les acquisitions immobilières qui doivent profiter à la femme. Il faut répondre que l'immeuble acquis avec les deniers dotaux n'est pas dotal comme bien à venir, puisque l'achat en a été fait avec des deniers figurant déjà au patrimoine ; et comme le contrat de mariage, par hypothèse, n'a pas prévu l'emploi, il ne peut être dotal à ce titre (3).

2^o Re. *Les époux ne peuvent déclarer paraphernal un bien qui, d'après le contrat de mariage, est ou doit être dotal.*

La dot ne peut pas être diminuée pendant le mariage, par les époux. Si la loi ne l'a pas dit formellement, on peut affirmer néanmoins que cela résulte de la prohibition générale de l'article 1395. La transformation d'un bien dotal en paraphernal porterait préjudice au mari, à qui elle enlèverait son droit de jouissance ; de même la femme serait privée de la protection établie par les articles 1554

1. *Contra* Montpellier, 2 mai 1854 ; Sirey 54, 2, 287 ; *Sic*, Agen, 18 mars 1865, Dalloz 65, 2, 173 ; Tessier *Traité de la dot* ch. 1. p. 270.

2. *Traité de la Sép. de biens judic.* n^o 454, note 5.

3. Req. 26 juillet 1865, Dalloz 65, 1, 467. — Aubry et Rau T. 5 p. 539.

et 1561 qui déclarent les biens dotaux inaliénables et imprescriptibles.

Les époux ne peuvent donc déclarer paraphernal :

a. — Les biens acquis avec les deniers dotaux, dont le contrat de mariage a ordonné l'emploi (art. 1553, al. 1) pourvu que les formalités de l'emploi aient été régulièrement suivies.

b. — Les biens qui sont acquis à la femme en vertu d'une constitution de dot portant expressément sur tous les biens à venir ;

c. — L'immeuble acquis en échange d'un immeuble dotal, la soulte payée aux conjoints en suite de l'échange et les biens acquis en remploi de cette soulte (art. 1559) ;

d. — La somme payée par suite de l'expropriation d'un immeuble dotal pour cause d'utilité publique :

e. — Le prix qui revient à la femme pour sa part dans un immeuble dont elle avait la copropriété, lorsque cet immeuble a été licité par application de l'article 1558, al. 6 ; ou les biens acquis en remploi de ce prix.

B. — *Pouvoirs des époux.*

Les mêmes règles s'appliquent ici que sous le régime de communauté, sauf à tenir compte de la composition différente des patrimoines. Ainsi le mari ne peut transmettre à sa femme les pouvoirs qui lui appartiennent sur ses biens personnels ou sur les biens dotaux ; mais un mandat serait possible. De même, la femme qui ne sau-

rait conférer à son mari sur les paraphernaux les droits qu'il a sur la dot, peut cependant lui donner mandat de les administrer. L'article 1577 prévoit cette hypothèse.

Au lieu d'être exprès, le mandat peut être tacite, et il semble que les mêmes effets doivent se produire. Cependant l'article 1578 fait une distinction assez subtile qui s'explique plutôt en fait qu'en droit. Il dispose que : « si le mari a joui des biens paraphernaux de sa femme sans mandat, mais aussi sans opposition de sa part, il n'est tenu, à la dissolution du mariage, ou à la première demande de sa femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est pas comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors. » D'après les principes du mandat, le mari devrait au contraire restituer tous les fruits, et l'hypothèse prévue par l'article 1578 semble bien être celle d'un mandat tacite. La dérogation s'explique par les rapports intimes qui unissent le mari et la femme ; celle-ci est censée renoncer à son droit aux fruits consommés, pour aider son mari à supporter les charges du mariage. Mais cette renonciation n'est-elle pas une dérogation à l'article 1395 ? Nous ne le croyons pas. La loi n'a pas voulu que les droits qu'elle accorde à la femme sur les paraphernaux reçussent une trop rigoureuse application. Mais la femme est toujours libre de révoquer le mandat qu'elle a donné à son mari, l'article 1578 le suppose et nous rentrons ainsi dans le principe de l'immuabilité.

Ces règles sur l'administration des paraphernaux sont applicables au régime de séparation de biens. L'article

1578 n'est, du reste, que la reproduction fidèle de l'article 1539.

En dehors du mandat que le mari peut donner à la femme pour l'administration des biens dotaux, c'est lui *seul*, d'après l'article 1549 du C. civ. qui fait les actes d'administration et même exerce les actions pétitoires immobilières, droit qu'il n'aurait pas sous tout autre régime. Ce n'est donc pas ici la femme qui agit avec l'autorisation de son mari, mais celui-ci qui agit seul, au nom de la femme. Mais alors comment se fait-il que l'article 83, 6°, du Code de procédure civile soumette à la communication au ministère public « les causes des femmes non autorisées de leur mari, ou même autorisées, lorsqu'il s'agit de leur dot, et qu'elles sont mariées sous le régime dotal ? » Si la femme ne peut exercer elle-même ses actions, même avec l'autorisation de son mari, quand donc les causes des femmes dotales seront-elles communiquées au ministère public ?

Certains auteurs pensent que les Rédacteurs du Code de Procédure ont complètement oublié l'article 1549 du Code civil, et que par conséquent, leur intention a été de soumettre les procès intentés par le mari lui-même, à la communication au ministère public. En effet, a-t-on dit, s'il est utile que la communication ait lieu quand l'action est exercée par la femme autorisée de son mari, *a fortiori* la communication doit-elle être admise, lorsque le mari agit seul (1). Les arguments d'analogie ou même par *a fortiori*, dit Mourlon (2), ne sont pas admis en ma-

1. Boitard, *Pr. civ.* p. 210.

2. Mourlon, *Procéd. civ.* n° 178, note.

tière pénale. Or, c'est bien une pénalité que la nullité dont est frappée le jugement, lorsque la communication qui devait être faite n'a pas eu lieu.»

Dans la première opinion, l'art. 83, Pr. apporte évidemment un changement aux pouvoirs du mari, tels qu'ils sont déterminés par l'article 1549 ; il en est autrement dans l'opinion contraire.

Mais si l'article 83 est étranger aux procès soutenus par le mari, dans quels cas recevra-t-il son application ? Comment pourra-t-on se trouver en présence d'une action exercée par la femme elle-même ? La réponse est que le mari peut avoir donné mandat à sa femme d'agir en son lieu et place ; telle est vraisemblablement la combinaison qu'a en vue l'art. 83, à supposer toutefois que les auteurs de ce texte aient songé à l'art 1549 du Code civil. Que si le souvenir de cette disposition leur a échappé, l'article 83 ne sera plus applicable que dans deux hypothèses : 1^o lorsque la femme dotale est séparée de biens, car elle reprend alors l'exercice de ses actions, et figure elle-même au procès soit avec l'autorisation du mari soit avec l'autorisation de justice ; 2^o lorsqu'il s'agit de partager une succession échue à la femme en concurrence avec d'autres héritiers. L'opinion générale est en effet, que l'action doit être intentée tout à la fois par le mari et par la femme (1).

On peut dire que dans tous ces cas encore, il y a restriction apportée par l'article 83 Pr. aux pouvoirs des époux sous le régime dotal.

Le motif de cette communication au ministère public,

1. Note de M. Glasson, (Boitard *loc. cit.*).

se rattache à la nature même du régime dotal qui se préoccupe avant tout d'assurer à la femme la conservation et la restitution de sa dot. Est-ce à dire cependant que l'article 83 a voulu seulement assurer à la femme l'inaliénabilité des biens dotaux ? qu'il ait eu pour but unique d'empêcher qu'un procès faiblement soutenu par la femme sur la question de propriété, ait pour résultat une aliénation, contrairement au principe de l'article 1554, et par suite, contrairement aux dispositions du contrat de mariage ? On l'a soutenu, en se fondant sur la nécessité de protéger l'inaliénabilité qui serait une règle d'ordre public et mettrait les biens hors du commerce. D'autres auteurs reconnaissent que l'inaliénabilité constitue simplement une incapacité spéciale et exceptionnelle que la femme peut se créer à elle-même dans son contrat de mariage, et admettent cependant la solution précédente, n'exigeant la communication au ministère public que dans les cas où le bien contesté est inaliénable. Enfin dans une dernière opinion, qui nous semble préférable, on soutient : « que cette communication au ministère public rentre parmi les mesures qui ont plus particulièrement pour objet de protéger la dot sous le régime dotal et qu'elle n'a pas été établie comme sanction de l'inaliénabilité ; d'où il suivrait que la communication au ministère public serait nécessaire sous le régime dotal, même si les immeubles dotaux avaient été déclarés aliénables, et dans tous les cas aussi, à l'égard de la dot mobilière, quelle que soit l'opinion que l'on adopte sur la nature de cette dot. » (1)

1. V. la note précitée de M. Glasson.

Si telle est en effet la pensée qui a dicté l'article 83 Pr. on voit que le législateur a voulu assurer l'efficacité de toutes les règles protectrices de la dot, et qu'à ce point de vue la communication au ministère public tend à fortifier le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

C. — Liquidation du Régime et Restitution de la Dot.

Le régime dotal ne se dissout que par le divorce et la mort de l'un des époux ; quant à la séparation de biens, principale ou accessoire, elle laisse subsister l'inaliénabilité dotale, qui avec le système de la jurisprudence, restreint singulièrement les pouvoirs que la loi reconnaît à la femme séparée sur ses biens. Tandis que le mari pouvait aliéner la dot mobilière, en vertu de son pouvoir d'administration, la femme ne succède pas à ce droit après la séparation de biens, et la dotalité devient plus rigoureuse contre elle que contre son mari. C'est ainsi qu'elle ne peut renoncer à ses reprises dotales, ni en compromettre par des cessions, transactions ou autres actes, le remboursement intégral.

La jurisprudence va même jusqu'à décider que la femme ne peut céder les revenus à échoir de ses biens dotaux que jusqu'à concurrence de l'excédent sur les besoins du ménage. Si tels sont les effets de l'inaliénabilité après la séparation, il est clair que la femme ne peut les changer par des conventions particulières, pas-

sées soit avec son mari, soit avec des tiers, sans violer le principe de l'article 1395.

Mais nous n'irons pas jusqu'à lui imposer la nécessité d'un emploi, à moins d'une clause spéciale du contrat de mariage, lorsqu'elle reçoit le paiement de ses capitaux dotaux et de ses reprises ; nulle part, en effet, la loi ne crée cette obligation à la charge de la femme. (1)

Il va sans dire que la restitution de la dot à la femme ne peut avoir lieu avant la dissolution du régime par un des modes que nous venons d'indiquer. Rien n'empêcherait le mari qui aurait fait une restitution anticipée de se faire remettre les biens qui seraient pour cette cause entre les mains de sa femme ; car la restitution a été nulle. La jurisprudence décide même qu'une restitution anticipée de la dot n'est pas libératoire, et que la femme, à la dissolution, peut exiger un second paiement. Mais à cette décision rigoureuse, elle apporte néanmoins un tempérament d'équité. Elle admet que le mari aura le droit d'imputer sur le second paiement, les objets ou valeurs que la femme posséderait encore au moment où la dot est devenue exigible. (2)

On a objecté contre cette doctrine, que le paiement anticipé fait à la femme est entaché d'une cause illicite ; que la femme se trouve en faute aussi bien que son mari pour avoir participé à une pareille convention, et que par suite, elle ne peut exiger un second paiement qu'après avoir restitué tout ce qu'elle a reçu, qu'elle l'ait ou

1. Req. 26 juillet 1869, Sirey 70, 1, 77.

2. Lyon, 17 septembre 1830, Dalloz 32, 2, 21.

non dissipé. Mais nous croyons plus exact et plus équitable de dire que si la loi défend le paiement anticipé des créances dotales, c'est dans une idée de protection pour la femme, qui doit rester sous l'égide de son régime matrimonial jusqu'à la dissolution, et pouvoir toujours se prévaloir contre son mari de la responsabilité que la loi lui impose. Nous aimons donc mieux appliquer par analogie l'article 1241 aux termes duquel « le paiement fait au créancier n'est point valable s'il était incapable de le recevoir, à moins que le débiteur ne prouve que la chose a tourné au profit du créancier. (1) »

APPENDICE

Nous nous sommes réservé de faire, à la suite des changements apportés par les époux eux-mêmes aux conséquences du régime, une application générale du principe de l'immutabilité, relativement à l'hypothèque légale que la loi accorde à la femme mariée, pour la conservation et la restitution de sa dot.

Cette hypothèque légale des femmes mariées, étant, comme celle des mineurs, fondée sur un principe d'ordre public, il en résulte que les futurs époux ne pourraient, dans le contrat de mariage ou après la célébration, stipuler que les immeubles du mari en seront complètement affranchis. Toutefois la loi apporte à la règle de l'hypothèque générale de la femme mariée, une double

1. *Sic*, Aubry et Rau T. 5, § 540 ; Tessier T. 2, p. 229 ; Rodière et Pont, T. 3, n° 1961.

exception contenue dans les articles 2140 et 2144. La restriction de l'hypothèque légale, quand la femme est majeure, à certains immeubles déterminés, peut être consentie soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, sous les conditions exigées par ces deux articles. Si ces conditions n'ont pas été exactement remplies la restriction sera nulle comme violant un principe d'ordre public. C'est ainsi que le mari ne pourrait réduire l'hypothèque au cours du mariage, sans le consentement de sa femme et sans prendre l'avis des quatre plus proches parents de celle-ci. Serait pareillement inefficace la convention par laquelle les futurs époux se réserveraient le droit de réduire l'hypothèque légale de la femme pendant leur union, sans observer les formalités prescrites par l'article 2144.

Mais c'est surtout au point de vue de la restriction par contrat de mariage que la question peut offrir de l'intérêt. Cette clause restrictive, insérée dans le contrat de mariage, devient une véritable convention matrimoniale. Dès lors, si les parties se réservent d'en changer les conditions après la célébration, cette stipulation nulle en vertu de l'article 2140, ne tombe-t-elle pas également sous la prohibition de l'article 1395 ? Par exemple, les futurs époux, réduisant dans leur contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme, stipulent qu'ils auront le droit de l'étendre plus tard, dans une certaine mesure, si l'intérêt de la femme le commande. N'y a-t-il pas là violation du principe de l'immutabilité ? C'est ce que pense M. Thézard (1) et cette solution nous semble certaine

1. Thézard, *Nantiss. priv. et hypot.* p. 146.

puisque les parties ne peuvent changer leurs conventions matrimoniales même par exécution d'une clause particulière de leur contrat,

Mais voici une hypothèse plus délicate où la Cour de Cassation a été appelée à se prononcer. Deux époux avaient restreint, dans leur contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme à certains immeubles, conformément à l'article 2140. Mais ils avaient ajouté « que dans le cas où ces immeubles viendraient à être aliénés par le mari, l'hypothèque légale pourrait être transportée sur d'autres immeubles, auquel cas la première constitution d'hypothèque s'évanouirait, et les immeubles primitivement frappés seraient complètement affranchis. » Les époux se réservaient donc ainsi le droit de changer l'assiette de l'hypothèque légale et comme en fait, ils avaient usé de cette faculté, les tribunaux furent appelés à se prononcer sur la validité d'une pareille clause. Les premiers juges admirent son efficacité et la cour de Grenoble confirma le jugement (1). Mais l'arrêt de cette cour fut cassé par la Cour Suprême et la Cour de Lyon, devant laquelle l'affaire fut renvoyée, rendit un arrêt de partage, suivi d'un autre arrêt, se prononçant dans le même sens que la Cour de Cassation (2).

Les motifs invoqués par la Cour de Cassation et la Cour de Lyon pour annuler la convention qui donne à l'hypo-

1. Tribunal de Vienne, 4 février 1848 et Grenoble, 12 mars 1849, Sirey 52, 1, 294.

2. Cass. 5 mai 1852, Sirey 52, 1, 289 ; Lyon, 26 janvier 1854, S. 54, 2, 245.

thèque légale un caractère ambulatorio, reposent uniquement sur la violation des articles 2140 et 2144. L'article 2140 exige, en effet, lorsque le contrat de mariage restreint l'hypothèque légale à certains immeubles déterminés, « que les autres immeubles restent libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales ». L'hypothèque légale se trouve donc ainsi spécialisée aux immeubles indiqués dans le contrat ; or la clause ci-dessus déroge à cette règle, puisque autorisant le transfert de l'hypothèque sur d'autres immeubles, elle grève éventuellement tout le patrimoine immobilier du mari. D'un autre côté, l'esprit de la loi se trouve violé aussi bien que son texte, car la restriction permise dans le contrat de mariage a pour but de concilier le crédit du mari avec la garantie due à la femme, et dans notre hypothèse, le crédit du mari se trouve diminué par la généralisation de l'hypothèque, sans que la garantie de la femme augmente.

Enfin, la validité de cette clause aurait pour résultat d'exposer la femme à compromettre ses droits et reprises, hors de la surveillance de la famille et de la justice, sans les formes prescrites par l'article 2144. Ne peut-elle pas en effet, sous l'influence de son mari, consentir au transfert de l'hypothèque sur des immeubles de moindre valeur que ceux précédemment grevés ? Elle rendrait donc ainsi possible une restriction purement conventionnelle de l'hypothèque au cours du mariage, et l'article 2144 serait ouvertement méconnu (1).

1. Cpr. Rodière, *Journ. du Pal.* 1855, T. 2, p. 546, note ; Pont, *Privil. et hyp.* T. I, p. 594 ; Aubry et Rau, T. 3, p. 232, note 46.

On voit que la jurisprudence et les auteurs que nous citons en note, n'invoquent pas, comme cause de nullité de notre clause, l'article 1395. N'est-il pas vrai de dire cependant, qu'une semblable réserve, insérée dans le contrat de mariage, est contraire au principe de l'immuabilité ? C'est ce qu'avait admis M. Massé, juge au Tribunal de Reims, dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de Cassation précité (1). Mais cette manière de voir a été vivement critiquée par M. L.-M. Devilleneuve, dans les observations qu'il a présentées à la suite de la note de M. Massé, et Paul Pont se joint à lui pour la critiquer aussi. « En effet, dit ce dernier auteur (2), lorsque les époux en se mariant, se réservent la faculté de transporter pendant le mariage, l'hypothèque de la femme, d'un immeuble, auquel ils l'ont limitée à un autre immeuble, nous ne saurions voir dans l'acte par lequel le transport de l'hypothèque est ultérieurement effectué, un changement aux conventions matrimoniales ; nous y verrions plutôt l'exécution de ces conventions. »

Nous croyons devoir repousser formellement une telle opinion. Supposons que les futurs époux aient restreint l'hypothèque légale dans leur contrat de mariage, en se conformant purement et simplement aux prescriptions de l'article 2140 ; cette disposition constitue évidemment une convention matrimoniale. Si donc, après la célébration, les époux conviennent de transférer l'hypothèque sur des immeubles nouvellement désignés, n'est-il pas indéniable que cette convention tombe sous l'application de

1. V. note dans Sirey, 52, 1, 289.

2. Pont, *loc. cit.*

l'article 1395 ? Dès lors, la solution s'impose : cette clause étant un changement lorsqu'elle intervient après la célébration, ne saurait perdre ce caractère par son insertion, dans le contrat de mariage. Nous ne faisons qu'appliquer ici les principes que nous avons posés dans le chapitre II, qui précède, et du reste les motifs qui ont fait écrire l'article 1395 s'appliquent facilement dans notre cas.

Nous venons de voir que la clause qui nous occupe, peut préjudicier à la femme qui, cédant à l'influence de son mari, consentirait au transfert de son hypothèque sur des immeubles d'une valeur moindre. Mais les tiers ne seraient pas moins menacés par l'effet de cette clause. Le mari leur ayant consenti des hypothèques sur des immeubles restés libres, voilà que les époux s'entendent pour transporter l'hypothèque légale sur ces immeubles. Conséquence : les tiers verront leurs sûretés s'évanouir ou diminuer considérablement, toutes les fois que l'hypothèque légale remontera à une époque antérieure à leur inscription (art. 2135). Il est donc manifeste, que nous devons faire ici l'application de l'article 1395 et que la nullité de la clause en question résulte des articles 2140, 2144 et 1395 combinés.

Cette nullité, que tout le monde admet aujourd'hui, va-t-elle s'appliquer seulement à la clause de transfert ou atteindre la restriction tout entière, convenue dans le contrat de mariage ? La question est controversée. Si la nullité, laissant subsister la restriction ne frappe que la clause de transfert, les immeubles indiqués dans le contrat de mariage resteront grevés de l'hypothèque lé-

gale. Si au contraire, la restriction elle-même est nulle, tous les immeubles présents et à venir du mari seront soumis à l'hypothèque légale par application du droit commun. La Cour de Lyon considérant les deux conventions comme indépendantes l'une de l'autre, s'était prononcée dans le premier sens ; telle est également l'opinion de MM. Aubry et Rau (*loc. cit.*) : « La femme ne pourrait évidemment, disent ces savants auteurs, contester la validité de la déclaration de réduction, si de fait elle n'avait pas ultérieurement consenti au déplacement de son hypothèque ». D'où ces interprètes concluent que le seul fait du déplacement ne saurait avoir pour conséquence de restituer à la femme son hypothèque légale dans toute sa généralité, car les tiers pourraient se trouver gravement lésés par cette restitution. Tout ce qu'on peut admettre c'est que la nullité frappe seulement la clause de transfert, sans atteindre la restriction elle-même.

Mais cette solution est vivement combattue par M. Pont, qui loin de considérer comme distinctes la réduction et la clause de transfert, les déclare inséparables et les annule toutes deux. Il n'y a, selon lui, qu'une seule et même convention dont toutes les parties sont liées entre elles, de telle sorte que le déplacement de l'hypothèque est la condition même de la restriction.

Cette présomption d'une seule clause nous semble contraire à l'intention probable des parties. Le mari n'a pas voulu que tous ses immeubles fussent grevés de l'hypothèque légale et la femme a consenti à la restriction : voilà la clause principale. Mais la stipulation relative au déplacement possible de l'hypothèque n'est qu'accessoire. Les

parties ont pensé peut-être que l'aliénation serait plus facile si les immeubles indiqués au contrat de mariage pouvaient être soustraits à l'hypothèque légale, auquel cas d'autres immeubles seraient destinés à les remplacer; mais rien ne fait supposer que les futurs époux aient entendu faire de cette réserve la condition essentielle de la restriction. Et cette présomption doit être d'autant plus aisément écartée qu'elle pourrait faire subir aux tiers un grave préjudice.

§ 2. — *Des principaux actes susceptibles de modifier les conséquences du Régime.*

Nous venons de voir comment les époux pourraient modifier les conséquences de leur régime matrimonial, abstraction faite de l'acte au moyen duquel la modification serait opérée; nous nous proposons maintenant de passer en revue une certaine quantité d'actes, en nous demandant si, en les accomplissant, les conjoints porteraient atteinte aux conséquences du régime sous lequel ils sont mariés.

I. — *Donation.*

Les époux ont la faculté de faire des donations soit à un tiers, soit à l'un d'eux, sous la condition de ne pas porter atteinte à leurs conventions matrimoniales, c'est-à-dire aux obligations de leur régime exprès ou tacite.

Lorsque la libéralité est faite valablement par l'un des conjoints à l'autre, elle est néanmoins révocable, parce que la révocabilité des donations entre époux est une garantie de paix et de bonne harmonie dans le ménage. Nous renvoyons à la *Première Partie* pour les explications fournies à ce sujet. Nous ajouterons seulement ici que la mort du donataire n'est pas un obstacle à la révocation de la donation par le donateur ; en ce cas l'action en révocation est dirigée contre les héritiers du donataire (1).

Les époux peuvent disposer à titre gratuit, non seulement de leurs revenus, des fruits de leur travail ou de gains survenus pendant le mariage, mais encore des biens qu'ils tiennent directement d'une clause de leur contrat de mariage. Il n'y a pas là violation de la règle de l'immuabilité ; ce principe, ainsi que le font remarquer les auteurs, ne peut aboutir à l'immobilisation des biens des époux tels qu'ils existent lors de la célébration du mariage. Nous devons néanmoins montrer, au moyen de quelques exemples, la nécessité pour les époux de concilier le droit de libre disposition qu'ils ont sur leurs biens, avec la défense qui leur est faite de modifier les conséquences de leur régime matrimonial.

1° Les époux ne peuvent convenir que l'un d'eux bénéficiera à la dissolution de la communauté, des récompenses ou indemnités qui pourraient être dues à l'autre. Rien n'empêche au contraire qu'une récompense étant due à la femme par le mari, elle fasse remise à ce dernier du montant de la créance qu'elle a contre lui.

1. Toulouse, 20 mai 1886, Dalloz 87, 2, 40.

2° La femme séparée de biens conventionnellement, doit contribuer aux charges du ménage, en l'absence de clause spéciale du contrat de mariage, jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus (art. 1537). Elle ne pourrait donc pas s'obliger valablement, dans une intention de libéralité, à consacrer une part plus considérable que le tiers de ses revenus, aux dépenses du ménage.

Mais elle est parfaitement maîtresse de faire à son mari les donations qu'elle juge à propos, pour l'aider à subvenir à ces mêmes charges. Il n'y a là qu'un acte permis entre époux et qui ne porte nulle atteinte à la règle de l'immutabilité.

3° La femme n'a pas la faculté de renoncer à une clause de emploi prévue dans le contrat de mariage ; mais si le mari aliène un des propres de la femme, sans faire postérieurement le emploi obligatoire, la femme peut faire donation à son mari de ce qu'il lui devrait de ce chef.

4° On doit considérer comme nulle la renonciation que la femme ferait, *constante matrimonio*, à un gain de survie stipulé en sa faveur dans le contrat de mariage (1).

II. — Testament.

Les époux ne violent pas le principe de l'immutabilité dans les conséquences du régime, en abandonnant à l'un d'eux ou bien à un tiers, par testament et sous forme de

1. Toulouse 15 avril 1842, Sirey 42, 2, 385.

legs, les donations ou autres avantages que contient le contrat de mariage. Le legs est un acte de disposition et nous savons déjà que les actes de disposition, même portant sur un droit que leur confèrent directement les conventions matrimoniales, sont permis aux époux. Nous verrons plus loin, que toute renonciation à une constitution de dot est défendue aux conjoints, comme moyen de libéralité vis-à-vis l'un de l'autre, parce qu'il y a dans un pareil fait, non pas l'exercice d'un droit, mais l'abdication de ce droit, son anéantissement, partant une infraction à l'immutabilité des conventions matrimoniales. Or, ne pourrait-on pas dire que, lorsque les époux disposent par testament au profit de l'un d'eux, d'un avantage créé par le contrat de mariage, il y a une renonciation, donc un fait prohibé? Non, car une telle renonciation n'est qu'un simple projet jusqu'à la mort, qui lui donne, seule, une existence légale en même temps qu'elle fait disparaître la règle de l'article 1395.

Il faut ajouter qu'en disposant par testament d'un droit contractuel, les époux ne peuvent porter atteinte à des droits qui seraient acquis à des tiers ou à l'autre époux, en vertu du contrat de mariage. Il n'y a qu'à appliquer ici le droit commun, qui défend de disposer ce de qui appartient à autrui (1).

1. Laurent, T. 21 n° 67 et 68 ; Aubry et Rau, T. 5, § 503 *bis*, p 259.

III. — *Société.*

Les époux peuvent-ils établir entre eux une société? C'est une question fort controversée. Des auteurs fort éminents soutiennent l'affirmative (1). Quel que soit leur régime matrimonial, les conjoints peuvent établir, à côté de l'association conjugale qui les régit, une société civile ou commerciale. Il y a là deux situations nettes, distinctes: les époux régleront leur société d'après les règles établies au titre *de la Société*, et leurs droits d'époux communs ou non, par leur contrat de mariage, exprès ou tacite. Au reste, deux arguments fort importants militent en faveur de cette opinion. Le premier, c'est le droit qu'ont les époux de disposer de leurs biens, droit qui se concilie parfaitement avec la défense de changer les conventions matrimoniales; le second c'est que les contrats à titre onéreux, permis à Rome entre époux, défendus aux conjoints en droit coutumier, sont virtuellement autorisés par le Code, puisque pour les contrats prohibés entre époux, il y a un texte spécial: exemple l'article 1593 pour la vente. Sous chacun des titres qui organisent les règles des différents contrats, quand le Code n'édicte pas de disposition spéciale pour les époux, c'est que ceux-ci sont considérés comme des contractants ordinaires; le droit commun leur reste applicable. Or au titre *de la Société*, aucun article du Code civil ne défend ce contrat aux époux, donc ils peuvent créer entre eux une société civile. Le Code de commerce, par son

2. Laurent, T. 21, numéro 78, Duranton T. 17, n° 367 à la note.

silence, permet également aux conjoints d'établir entre eux une société commerciale.

Nous pensons que l'article 1395 s'oppose à l'adoption d'une opinion aussi absolue. Il ne s'agit pas de savoir si les époux ont la libre disposition de leurs biens ou s'ils peuvent, en général, faire entre eux des contrats à titre onéreux. En plusieurs endroits de cette étude, nous nous montrons partisan déclaré de ces deux idées, mais elles sont ici des arguments portant à faux. Il ne suffit pas de poser un premier principe incontestable, à savoir que les époux peuvent disposer de leurs biens et respecter néanmoins le principe de l'immutabilité ; il y a des cas nombreux où cela est possible, il y en a d'autres où cela ne l'est pas ; or il ne nous semble pas établi, par la seule énonciation d'un principe, que la création d'une société ne rentre pas dans l'un de ces derniers cas. Nous admettons aussi que le silence du Code équivalait à un acquiescement à la faculté pour les époux de faire entre eux le contrat au *Titre* duquel la loi n'édicte pas de disposition les concernant ; mais est-il bien établi qu'au *Titre* du *Contrat de Mariage*, la loi ne s'occupe pas des seules sociétés possibles entre époux ? Est-il même exact de dire qu'au *Titre* de la *Société*, la loi ne s'occupe pas des époux ?

Après avoir dit de la société universelle de biens présents, quand elle embrasse une société de gains, qu'elle comprend pour la jouissance seulement, les biens à échoir par succession, donation ou legs, l'article 1837 ajoute : « Toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété

de ces biens, est prohibée, *sauf entre époux et conformément à ce qui est réglé à leur égard.* »

Il y a donc dans la matière des sociétés universelles, quelque chose de spécial aux époux, réglé quelque part dans le Code. N'est-ce pas évidemment dans l'article 1526 ainsi conçu : « Les époux peuvent établir, par leur contrat de mariage, une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de tous leurs biens présents seulement, ou de tous leurs biens à venir seulement. » Ainsi donc, voilà qui est acquis ; les conjoints peuvent établir entre eux une société universelle de biens présents ou une société universelle de gains, sans distinction entre la propriété et l'usufruit des biens à venir, mais quand cela ? Dans le contrat de mariage seulement, le texte est formel. La loi a voulu favoriser le mariage ; elle permet que la communauté universelle qui est la société universelle des époux échappe à la restriction qu'elle pose dans l'article 1837, mais elle veut que les époux profitent de l'avantage qu'elle leur offre dans leur contrat de mariage ; après la célébration une association conjugale est déjà formée sur laquelle on ne peut greffer une société universelle même de droit commun (art. 1837), car les articles 1526 et 1395 combinés le défendent.

Nous ne pouvons donc nous ranger à l'avis de M. Duranton (1), qui enseigne que des époux, même séparés de biens par contrat de mariage, peuvent établir entre

1. Duranton, *loc. cit.*

eux une société universelle, pour le motif qu'ils n'altèrent en rien par là leurs conventions matrimoniales.

Quoi de plus contraire au régime de séparation de biens, que la convention qui met les biens en société? — Est-ce que le régime de communauté légale ne réserve pas aux époux la nue-propriété de leurs immeubles? N'est-ce pas alors une dérogation prohibée à ce régime que de stipuler une société universelle de biens, même de biens présents seulement? Comment la femme usera-t-elle des deux bénéfices que lui concède la loi, à la dissolution du régime : le droit de renoncer à la communauté et le bénéfice d'émolument? Sous le régime d'exclusion de communauté, une semblable stipulation aurait pour résultat : 1° de faire tomber dans la masse sociale les fruits des biens de la femme qui appartiennent au mari parce qu'ils sont censés lui avoir été apportés pour subvenir aux charges du mariage; 2° de soustraire à l'administration du mari les biens de la femme. Les articles 1530 et 1531 seraient ouvertement violés. Sous le régime dotal, est-il possible aux époux de faire une société universelle de biens? Que devient la distinction des biens dotaux et des paraphernaux? Les partisans les plus convaincus de la doctrine que nous combattons, admettent tous qu'une société d'acquêts ne peut être jointe au régime dotal, pendant le mariage; ce qui est vrai d'une société d'acquêts ne doit-il pas l'être, *a fortiori*, d'une société universelle?

M. Duvergier enseigne que si les époux ne peuvent former aucune espèce de société universelle, ils sont du moins capables d'établir entre eux une société particu-

lière. Dans ce dernier cas, en effet, les époux pourraient, à la rigueur, éviter dans certains régimes, quelques-unes des violations ci-dessus de l'article 1395. Et cependant, sous le régime de communauté, n'arrivera-t-il pas presque toujours que le droit de renonciation et le bénéfice d'émolument, s'ils ne sont pas enlevés à la femme, lui seront du moins des garanties bien faibles d'immunité, puisqu'elle pourra être poursuivie sur sa part virile par les créanciers de la société qui la contraindront à acquitter sa part des dettes sociales ? Sous le régime sans communauté, les articles 1530 et 1531 semblent bien s'opposer à la possibilité de créer une société particulière. Le régime dotal est incompatible avec toute espèce de société puisqu'il est exclusif de toute mise en commun ; nous en dirons autant du régime de séparation de biens, en remarquant de plus ici, que si la séparation de biens était judiciaire, il y aurait dans la faculté pour les époux de contracter une société particulière, un moyen de rétablir la communauté dans des conditions différentes de celles où elle existait avant le jugement de séparation, ce qui serait une violation flagrante de l'article 1451 (1).

En matière commerciale, nous ne croyons pas que les époux puissent établir entre eux une société en nom collectif ou une société en commandite simple où ils joueraient le rôle de commandités. Dans les deux cas, en effet, les associés sont solidairement responsables, sur tous leurs biens, des engagements de la société. Il pourrait donc arriver que la femme, poursuivie par les créanciers

1. En ce sens, Troplong T. I n° 210 ; Guillouard, T. I n° 229 et T. III n° 4233 et 4686 ; Dalloz, *juris. générale*. T. 43, n° 342.

sociaux, fût tenue d'acquitter, dans leur intégrité, les dettes de la société.

Que faut-il penser des autres sociétés commerciales : la société en commandite par actions, et même la société en commandite simple où les époux ne seraient que commanditaires, la société anonyme, l'association en participation ? Dans ces différentes sociétés, les époux ne sont pas tenus au-delà de leur apport ; ils ne sont pas administrateurs ou du moins administrateurs responsables (dans les sociétés anonymes et en participation). Nous ne voyons pas qu'il y ait là une atteinte aux conséquences du régime des époux, même quand l'un d'eux est gérant dans une société où l'autre est bailleur de fonds. Il n'y a dans la participation à de pareilles sociétés qu'un acte d'administration. La nature juridique des biens, communs, propres etc. n'est pas changée par ce qui n'est, en réalité, qu'un simple placement de fonds fort usité dans la pratique.

Quelle est l'opinion de la jurisprudence sur la validité des sociétés entre époux ? La question s'est surtout posée pour les sociétés en nom collectif. Les arrêts les déclarent nulles, aussi bien sous le régime de communauté que sous les autres. La Cour d'Amiens avait admis la validité d'une société en nom collectif entre époux communs, quand la question fut soumise pour la première fois, à l'appréciation des tribunaux. Son arrêt fut cassé (1) et

1. Amiens, 3 avril 1851, Dalloz 51, 2, 220, et Cass., 9 août 1851, Dalloz 52, 1, 160.

depuis ce temps la jurisprudence s'est unanimement ralliée à l'opinion de la Cour de Cassation (1).

Parmi les arguments sur lesquels s'appuient les considérants des arrêts, il en est dont la solidité semble douteuse, celui-ci par exemple : La femme est incapable dans les cas que détermine la loi ; l'article 217 C. civ. qui établit l'incapacité de la femme, l'en relève lorsqu'elle est autorisée par son mari. Or ce dernier ne peut donner à la femme l'autorisation nécessaire pour contracter avec lui une société, attendu que : *nemopotest esse auctor in rem suam*.

Cette règle n'est pas applicable à l'autorisation matrimoniale. Déjà dans l'ancien droit, Lebrun disait (2) : Dans les cas où il est permis aux conjoints de contracter ensemble, la femme n'a pas besoin d'autorisation. Ainsi que le remarque Pothier (3) : ce qui est vrai dans les relations du tuteur et du pupille, ne l'est pas entre mari et femme. Le tuteur n'est pas propre à autoriser le pupille pour des contrats où les intérêts du mineur sont contraires aux siens propres, parce que le mineur est réellement incapable de veiller à ses intérêts ; l'incapacité de la femme mariée n'est pas une incapacité naturelle comme celle du mineur ; elle ne tient qu'à son état de mariage ; fille ou veuve, elle serait pleinement capable ; mariée, il ne

1. Paris 14 avril 1856, Sirey 56, 2, 369 ; Paris 9 mars, 1859, Sirey 59, 2, 502 ; Metz, 22 août 1861, Sirey, 62, 2, 330 ; Paris 24 mars 1870, Dalloz 72, 2, 44 ; trib. de comm. de la Seine, 24 février 1878 (*gaz*, 22 mars).

2. *De la communauté*, L. 2. ch. 1, S. 3, n° 39.

3. *De la puissance du mari*, n° 42.

lui est pas impossible de veiller à ses intérêts; le mari peut habilitier sa femme à contracter avec lui, comme il peut l'autoriser à contracter avec un tiers. L'article 217 établit que la femme peut faire la plus grande partie des actes juridiques, avec l'autorisation de son mari. Le mari, par ce fait seul qu'il contracte avec la femme, ce qui lui est généralement permis, lui donne l'autorisation requise.

Mais nous nous empressons de remarquer maintenant que la jurisprudence s'appuie, avec raison, sur l'article 1395 pour défendre aux époux, la création d'une société entre eux. L'arrêt de la Cour de Paris du 14 avril 1856 le dit formellement, puis il ajoute « qu'il résulte des dispositions de la loi qui régissent les sociétés et l'état de mariage, qu'il y a incompatibilité entre celui-ci et celles-là; que l'adjonction d'une association ordinaire à l'association conjugale aurait certainement pour effet de modifier profondément la situation des époux vis-à-vis l'un de l'autre, soit quant à l'administration des biens, soit surtout quant aux droits et obligations de la femme, vis-à-vis les créanciers; que dans la communauté, il n'est pas permis de porter atteinte au principe qui veut que le mari ait seul l'administration pleine et entière des biens de la communauté. »

Plus loin, un des considérants de l'arrêt nous semble très-bien réfuter une objection qu'on formule ainsi : La femme peut évidemment avec l'autorisation du mari faire un commerce séparé, même entrer dans une société avec une personne étrangère. Ce qu'elle peut faire avec un tiers, elle doit pouvoir le faire avec son mari, à plus forte raison; car la présence du mari dans une société est

une garantie plus sûre que la participation d'un tiers. La cour de Paris répond que la situation n'est pas la même quand la femme contracte une société avec un tiers que lorsqu'elle s'associe avec son mari; qu'il est bien vrai que la femme, au premier cas, acquiert une certaine indépendance, mais qu'elle ne risque pas de se trouver en opposition avec son mari, ni d'user de cette indépendance à son égard, puisqu'il ne s'agit plus d'une société ordinaire entée sur la société conjugale, la modifiant et la changeant, mais d'une société bien distincte.

SECTION II.

Les Tiers peuvent-ils par des donations ou des legs faits pendant le mariage modifier les conséquences du Régime ?

Le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales ainsi que nous l'avons vu plus haut, n'enlève pas aux époux la capacité de droit commun qui leur permet de contracter avec les tiers à titre onéreux ou à titre gratuit. Ils peuvent donc recevoir de ceux-ci des donations ou des legs, sans que l'article 1395 subisse aucune atteinte. Et peu importe à cet égard, que le donateur ou testateur soit resté étranger au contrat de mariage ou qu'il y ait figuré déjà pour gratifier les époux. Dans ce dernier cas la nouvelle libéralité est un augment de dot que le législateur voit plutôt avec faveur, car c'est un moyen pour les parents de rétablir entre leurs enfants, l'égalité qui est dans le vœu de la loi. Que l'on suppose,

en effet que les parents se soient enrichis depuis le mariage d'un de leurs enfants et qu'ils aient fait, ensuite aux autres des constitutions de dot plus considérables qu'au premier ; celui-ci grâce à la nouvelle donation, se retrouvera sur le pied d'égalité avec ses frères et sœurs. Mais il faut bien remarquer que cette nouvelle donation ne pourra comprendre que des biens présents car elle n'est pas faite par contrat de mariage et ne peut rentrer dans le cas exceptionnel de l'article 1082.

Si par exemple la femme est mariée sous le régime dotal, les biens qui lui seront donnés postérieurement ne seront pas dotaux de plein droit. Faisons encore observer que la constitution de dot pouvant être augmentée pendant le mariage, *a fortiori* le constituant peut-il accorder des garanties pour le paiement comme une hypothèque ou bien s'obliger à payer des intérêts alors qu'une stipulation du contrat de mariage le déchargeait de cette obligation (1).

Mais si les tiers peuvent faire aux époux des donations ou des legs, ont-ils le droit de les subordonner à cette condition que les choses données ou léguées ne seront pas soumises aux règles qui déterminent, d'après le contrat de mariage, la condition du bien dans le régime ? Ce droit leur appartient sans aucun doute. Ils ne sont pas liés, en effet, par les dispositions du contrat de mariage

1. Cass. 1 juin 1814, Dalloz *Contr. de Mar.* n° 350 ; Paris 15 juillet 1825, Dalloz, *loc. cit* n° 352 ; Bordeaux 29 mars 1851, Dalloz 52, 2, 111 ; Bordeaux 30 mars 1859, Dalloz 59, 2, 188 ; Cour de Cassat. de Rome 6 juillet 1882, Sirey 83, IV, 7 ; Guillouard, *Contr. de mariage* T. I. n° 240 ; Laurent T 21. n° 74.

qui est pour eux *res inter alios acta*. Cette affirmation, remarquons le bien, n'est pas contraire à la règle qui veut que les conventions matrimoniales soient opposables aux tiers; M. Laurent (1) nous en donne la preuve : « Vainement, dira-t-on, que les tiers peuvent se prévaloir des conventions matrimoniales et que par suite, on doit avoir le droit de s'en prévaloir contre eux. Cela est vrai des tiers qui, en leur qualité de créanciers, réclament un droit sur les biens de leur débiteur; leurs droits contre le mari ou la femme sont déterminés par le contrat de mariage; on peut donc le leur opposer. Mais le donateur ne réclame aucun droit sur les biens des époux; il augmente leur patrimoine, or il peut gratifier qui il veut et sous telles conditions qu'il lui plaît. » On peut ajouter que cette condition de changer l'état du bien donné, dans le régime, n'a aucun rapport avec les motifs qui ont fait édicter le principe de l'immutabilité. La donation étant faite par un tiers, aucun abus d'influence n'est à craindre de la part de l'un des époux sur l'autre; quant aux tiers ils n'ont pas à se plaindre, n'ayant pas à compter sur ces libéralités.

Nous avons tenu tout d'abord à prouver théoriquement l'exactitude de notre règle, bien qu'elle ne soit pas contestable, au moins sous tout autre régime que le régime dotal. L'article 1401 dit en effet, que la communauté comprend le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, *si le donateur n'a exprimé le contraire*. De même

1. *Loc. cit.* n° 75.

l'article 1405 dispose que la donation d'immeubles, faite à l'un des deux époux, ne tombe point en communauté, *à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté*. Par application de la même règle, il faut décider que le donateur ou testateur peut non-seulement déclarer que les biens donnés seront propres, mais encore que les revenus seront perçus par la femme, sur ses seules quittances et sans le concours de son mari. Cependant ne semble-t-il pas que le tiers disposant empiète ici sur les pouvoirs que le contrat de mariage attribue au mari et que la clause de sa donation contrevient ainsi à un principe d'ordre public ? Le mari, ayant l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme, n'a-t-il pas entendu qu'elle resterait dans un état de dépendance et d'incapacité que du reste la loi favorise, et dont un tiers ne saurait indirectement la relever ? Et par suite, cette clause de la donation qui tend à causer des contestations entre époux, ne constitue-t-elle pas une dérogation à l'article 1395, comme allant à l'encontre de l'un de ses motifs ? Ces objections ont une certaine valeur ; néanmoins elles reposent, à notre sens, sur une donnée inexacte.

D'abord, il n'est pas vrai de dire que cette idée d'assujettissement entre pour quelque chose dans la discussion et la rédaction des clauses du contrat de mariage ; elle leur reste généralement étrangère et la loi ne s'en préoccupe pas davantage dans l'organisation des différents régimes. Si le contrat de mariage veut que l'administration et la jouissance des biens de la femme soient au mari, c'est pour l'aider à supporter les charges du mariage,

auxquelles doit ainsi contribuer la femme. Du reste, la donation malgré la clause spéciale qui l'accompagne, ne diminue en rien les droits du mari sur les objets apportés en dot par la femme et ne porte aucune atteinte aux attributs essentiels de la puissance maritale ; car la femme pouvant se réserver, par contrat de mariage, l'administration et la jouissance d'une portion de ses biens, on ne voit pas comment une semblable situation deviendrait contraire à l'ordre public, par cela seul qu'elle résulterait d'une donation faite par un tiers durant le mariage. Mais surtout, considération décisive, le mari reste maître de la situation puisque son autorisation est nécessaire pour que la donation soit acceptée. Que si la femme, au refus du mari, demande l'autorisation de la justice, le contrôle qu'exercera le juge sera suffisant pour empêcher tout empiètement réel sur la puissance maritale. La jurisprudence est en ce sens (1) ainsi que la majorité des auteurs (2).

Telle est la règle qui permet aux tiers de modifier, par des donations ou par des legs la condition légale des biens dans un régime de mariage. Souffre-t-elle des exceptions ? Oui ; elle en reçoit deux qui sont la conséquence de ce principe général que les donations et les legs ne peuvent pas être faits sous des conditions illicites. Si par suite, la clause qui tend à modifier la condition des

1. Cass. 9 mai 1842, Sirey 42, 1, 513 ; Paris 5 mars 1846, Sirey 46, 2, 149 ; Nîmes 10 décembre 1856, Sirey 57, 2, 134.

2. Demolombe, T. 4, n° 171 ; Laurent T. 21, n° 75 ; Aubry et et Rau T. 3, § 507, note 21 et § 534, note 19 ; M. Bufnoir *à son cours*.

biens donnés, se heurte à une disposition prohibitive de la loi, nous serons en présence d'une exception. Seulement dans ce cas, la donation tout entière n'est pas nulle ; la clause prohibée est réputée non écrite par application de l'article 900 du Code civil. Les deux exceptions que nous avons annoncées se rencontrent 1° Lorsque la clause de la donation ou du legs contrevient à la règle posée par l'article 1543 ; 2° Lorsqu'elle met obstacle à l'application régulière des principes sur la réserve. Reprenons chacune de ces exceptions.

1° *Exception.* — L'article 1543 porte que « la dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. » Nous voyons dans ce texte une exception à la règle d'après laquelle les tiers ne sont pas liés par les conventions matrimoniales relativement aux donations ou aux legs qu'ils font aux époux, et nous en déterminerons tout à l'heure l'étendue. Mais il nous faut d'abord discuter et réfuter une théorie qui se refuse à reconnaître la portée que nous donnons à l'article 1543.

La prohibition de cet article, a-t-on dit, ne s'adresse qu'aux époux et non aux tiers. Elle signifie que les conjoints ne peuvent, par des conventions postérieures au mariage, se constituer une dot ou augmenter la dot qui figure au contrat ou même la diminuer, quoique l'article 1543 ne le dise pas. Ainsi, la constitution de dot ayant uniquement pour objet les biens présents, la femme ne pourrait convenir avec son mari que l'immeuble à elle donné par un tiers durant le mariage, deviendra dotal ; et en sens inverse, si le contrat de mariage stipule la dotalité de tous les biens présents et à venir, serait nulle la

clause qui voudrait rendre paraphernal l'immeuble donné. Mais les tiers ne tombent pas sous l'application de l'article 1543 ; il restent libres d'attribuer le caractère dotal ou paraphernal à l'objet de leur donation, quelles que soient à cet égard, les clauses du contrat de mariage. Si l'on objecte que cette doctrine est inutile puisqu'elle est la répétition de ce qui est contenu dans l'article 1395, ses partisans répondent en montrant que le législateur s'est placé ici à un point de vue spécial. On se rappelle en effet, que les Rédacteurs du Code n'acceptèrent d'organiser le régime dotal que sur les réclamations des pays de droit écrit, après avoir d'abord refusé de l'admettre. Or, on aurait pu douter que l'article 1395 s'y appliquât, car la jurisprudence du Midi laissait aux époux la faculté d'augmenter la dot pendant le mariage ou même de la constituer. Il fallait donc, pour écarter toute incertitude que la loi s'expliquât formellement sur ce point : c'est ce qu'elle a fait dans l'article 1543. Et tel est bien, ajoute-t-on, l'opinion du tribun Berlier, dans son discours au Corps législatif : « L'article 1543, dit-il, n'est qu'une conséquence du principe établi par l'article 1395 (1). »

Nous ne pouvons accepter cette manière d'interpréter l'article 1543 ; elle nous paraît inconciliable avec le texte même et avec l'esprit qui a guidé sa rédaction. D'abord si l'article 1543 n'avait pas une autre portée que l'article 1395, il ne le reproduirait même pas complètement puisqu'il ne défend pas aux époux de diminuer la dot. Aussi les partisans de ce système

1. Sic, M. Bugnet (Mourlon T. 3, n. 348).

sont-ils forcés de sous-entendre, dans l'article 1543, cette dernière prohibition, pour mettre les deux textes d'accord et combler la lacune qu'aurait commise le législateur. C'est un premier vice du système que nous réfutons. Nous reconnaitrons, au contraire, que ce silence de la loi s'explique parfaitement dans notre doctrine. Mais ce n'est pas tout : que l'on compare entre elles les expressions des deux articles et l'on verra combien doit différer leur étendue d'application. Dans l'article 1395 ce sont les *conventions matrimoniales* qui ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage; ce qui montre bien que la prohibition se limite aux époux sans s'appliquer aux tiers pour qui le contrat de mariage est à ce point de vue *res inter alios acta*. Au contraire, c'est la *dot* qui, suivant l'article 1543, ne peut être constituée ni augmentée pendant le mariage. Ce terme *dot* est général; il comprend tout ce que la femme reçoit, pour aider à supporter les charges du mariage, avant ou après la célébration, d'un parent ou d'un tiers quelconque, car la loi ne distingue pas

La différence est donc frappante et notre savant maître, M. Bufnoir, la met bien en relief, en disant à son cours, que l'article 1543 est conçu *impersonaliter* ou *in rem*. La conséquence générale à tirer de là, sauf distinctions ultérieures, c'est que les tiers sont, aussi bien que les époux, liés par la prohibition de l'article 1543. Sauf le dissentiment du tribun Berlier, l'ensemble des travaux préparatoires est conforme à notre interprétation. M. Bufnoir fait encore remarquer qu'il est surtout question, dans la discussion au Conseil d'Etat, de l'hypothèse où la do-

nation provient d'un tiers. En effet, le consul Cambacérès partisan de l'ancienne théorie des pays de droit écrit, et désireux de faire écarter du régime dotal le principe de l'immutabilité, faisait ressortir les avantages d'une clause par laquelle les père et mère, enrichis depuis le mariage de leur fille, pourraient augmenter la dot qu'elle avait reçue, afin de rétablir l'égalité entre elle et ses frères et sœurs. Sa proposition fut rejetée. Portalis fit remarquer que l'inaliénabilité qui s'attacherait aux biens nouvellement donnés serait fréquemment une cause de préjudice pour les tiers, qui se fiant au contrat de mariage, croiraient faussement pouvoir exercer leur gage sur ces nouveaux biens. La pensée des Rédacteurs du Code est certaine : en élargissant ainsi pour le régime dotal la prohibition de l'article 1395, ils n'ont fait du reste que compléter l'œuvre commencée par les Parlements de droit écrit. Ces derniers en effet, frappés des dangers que l'inaliénabilité faisait courir aux tiers, finirent par interdire les constitutions de dot après le mariage et ne voulurent admettre les augmentations de dot à cette époque, que sous certaines conditions destinées à protéger les tiers. La discussion au Conseil d'Etat montre, que devant l'insuffisance de ces anciennes institutions, les Rédacteurs ont mieux aimé supprimer tout danger de fraude en garantissant les tiers contre la création d'une inaliénabilité postérieure au mariage (1).

1. *Sic.* Troplong, Marcadé, Valette (Mourlon III, n° 350) ; Aubry et Rau, T. 5 § 534, 2° ; Colmet de Santerre. T. 6, art. 1543 ; Baudry Lacantinerie, T. 3 n 344.

Il résulte de cette argumentation que l'article 1543 prohibe toute constitution ou toute augmentation de dot pendant le mariage, qu'elles soient faites par les époux ou par un tiers. L'étendue d'application de cette prohibition s'est considérablement agrandie depuis que la Cour de Cassation a fait triompher sa théorie sur l'inaliénabilité de la dot mobilière. Aujourd'hui, la femme ne peut, ni céder sa créance en restitution de dot, ni subroger un tiers à son hypothèque légale, ni prendre un engagement soit pour elle soit pour son mari, sur ses biens mobiliers. Les tiers sont donc entièrement garantis contre toute clause qui tendrait à rendre dotal un bien donné ou légué à la femme, postérieurement à la célébration, alors qu'il devrait être paraphernal d'après le contrat de mariage. La donation ou le legs aura son effet, mais la clause de dotalité sera réputée non écrite, conformément à l'article 900 (1).

Il s'agit maintenant de préciser le sens exact de cette idée qu'un tiers ne peut rendre dotal un bien qui devrait être paraphernal. Le trait caractéristique du régime dotal c'est l'inaliénabilité; mais ce régime produit encore d'autres conséquences spéciales, notamment quant aux pouvoirs du mari sur les biens dotaux et quant aux règles concernant la restitution de la dot. Le tiers donateur se trouve-t-il empêché par l'article 1543 d'imprimer au bien donné un caractère quelconque du régime dotal, ou bien n'y a-t-il pas à cet égard des distinctions à faire? Un point certain c'est qu'ils ne peuvent stipuler que le

1. Douai, 4, juillet 1883, *Journal la Loi*, du 29 juillet.

bien donné sera inaliénable, quand cette inaliénabilité est contraire au contrat de mariage. Cette solution est conforme et au résultat des travaux préparatoires, et aux principes généraux du droit. L'inaliénabilité dotale n'est, en effet, qu'une incapacité spéciale que la femme se crée à elle-même dans son contrat de mariage; convention éminemment dérogatoire au droit commun qui n'admet pas l'incapacité contractuelle. On comprend donc que les tiers ne puissent pas, de leur propre autorité, par une condition de la donation ou du legs qu'ils font à la femme, rendre celle-ci plus incapable qu'elle ne l'est par contrat de mariage. Mais n'ont-ils pas tout au moins le droit, en admettant toujours que le bien donné doive être paraphernal, de le soumettre aux autres conséquences du régime dotal, l'inaliénabilité mise à part? Par exemple, la constitution de dot ne portant que sur les biens présents, un tiers donne à la femme, pendant le mariage, un immeuble sous la condition qu'il sera dotal et néanmoins aliénable. Cette clause est-elle valable?

Allons-nous appliquer à l'immeuble toutes les autres conséquences de la dotalité? Le mari aura-t-il l'exercice des actions pétitoires immobilières, et la restitution de la dot se fera-t-elle, notamment quant au délai de restitution (art. 1564) et relativement au partage des fruits (art. 1571) suivant les règles tracées à la Section III du régime dotal?

Il ne semble pas que les auteurs prévoient spécialement cette hypothèse. Pourtant M. Colmet de Santerre paraît bien d'avis que l'article 1543 s'oppose à la validité d'une telle stipulation; son but serait de prohiber non seulement

la clause d'inaliénabilité non prévue au contrat de mariage, mais encore toute clause empruntant au régime dotal ses autres caractères spéciaux. C'est dit l'éminent auteur (1), la soumission à ces diverses règles qui constitue le régime des biens dotaux et qui, par conséquent, ne peut pas, aux termes de l'article 1543, être imposée même à des biens donnés par des tiers pendant le mariage. Nous reconnaissons volontiers que cette manière de voir est conforme à la lettre même de l'article 1543 qui sans faire aucune distinction, dispose que la *dot* ne peut être augmentée pendant le mariage. Mais ne peut-on pas soutenir que ce texte, malgré la généralité de ces termes, ne prohibe que les clauses d'inaliénabilité ? Nous avons vu que le législateur n'a entendu déroger ici à l'article 1395 que pour prévenir les dangers qu'une inaliénabilité nouvelle et imprévue pourrait faire courir aux créanciers des époux. Qu'importe donc qu'un tiers, contrairement au contrat de mariage, impose aux biens qu'il donne à la femme les autres caractères de la dotalité, pourvu que l'inaliénabilité soit écartée ? Les motifs de la prohibition exceptionnelle de l'article 1543 n'existent plus ; on doit, nous semble-t-il, retomber dans le droit commun de l'article 1395 qui permet aux tiers d'augmenter la dot pendant le mariage et de changer la condition des biens dans le régime.

Tout le monde convient du reste, quel que soit le parti qu'on prenne dans cette discussion, que le donateur peut malgré le contrat de mariage qui ne déclare dotaux que les

1. Sur l'article 1543, *in fine*.

biens présents, attribuer la nue propriété de la donation à la femme et l'usufruit au mari. Il y a là une double libéralité, dans laquelle le donateur n'a pas outrepassé ses droits. L'immeuble restera paraphernal ; seulement l'administration et la jouissance, au lieu d'être à la femme, appartiendront au mari. Mais il n'aura sur ces biens que les pouvoirs d'un usufruitier ordinaire et non les pouvoirs spéciaux que la loi lui accorde sous le régime dotal. Il n'est pas même nécessaire pour que ces effets se produisent que le donateur confère au mari un véritable droit d'usufruit ; il peut lui donner simplement l'administration et la jouissance. Les pouvoirs du mari seront les mêmes, sauf qu'il ne sera pas titulaire du droit réel d'usufruit.

Cependant nous n'irons pas jusqu'à soutenir dans le cas où le tiers aurait simplement stipulé la dotalité du bien, que les effets pourraient en être divisés ; que l'on pourrait rejeter la conséquence de l'inaliénabilité et admettre toutes les autres applications de la dotalité. Nous pensons au contraire, avec M. Bufnoir, que la condition de dotalité ne peut être scindée et que le donateur doit avoir soin d'exprimer formellement les droits spéciaux qu'il entend accorder au mari, sous peine de voir rejeter toutes les conséquences de la dotalité, au nombre desquelles celles qu'il eût pu valablement imposer.

Maintenant que l'on connaît le sens exact de la règle qui défend l'augmentation de la dot durant le mariage, il nous reste à savoir si la dot peut être diminuée, non point sans doute par des conventions entre époux, (art. 1395) mais par des legs ou des donations faits aux époux par les tiers. Ainsi la femme s'est constitué en dot tous

ses biens présents et à venir ; puis, durant le mariage, un tiers lui donne un immeuble sous la condition qu'il sera paraphernal. Tout le monde reconnaît aujourd'hui la validité de cette clause. Elle n'est contraire ni au texte de l'article 1543 qui est muet sur les diminutions de dot, ni aux motifs qui ont inspiré sa rédaction. Il serait même vrai de dire que le législateur est favorable à de pareilles dispositions, puisqu'elles tendent à restreindre cette inaliénabilité dotale qu'il n'a acceptée qu'à regret, la considérant comme une entrave à la libre circulation des biens (1). Il n'y a donc pas à tenir compte d'un arrêt de la cour de Nîmes (2), qui avait regardé comme non écrite, la clause d'aliénabilité, pour cette raison que la dot est d'ordre public. M. Laurent (3) fait cette réflexion humoristique que si la dot était d'ordre public sous la loi des XII Tables nous sommes régis actuellement par le Code civil qui n'admet pas cette règle.

Si nous jetons un coup d'œil d'ensemble sur la première exception à la règle que nous avons établie en tête de cette section, nous arrivons à cette conclusion que les tiers, par les donations ou les legs qu'ils font aux époux sous le régime dotal peuvent soumettre ou soustraire le bien donné à toutes les conséquences de ce régime, sauf à celle qui aurait pour but l'inaliénabilité, quand elle n'est pas prévue par le contrat de mariage. L'inaliénabilité ne peut exister que dans les cas où le

1. Cass. 16 mars 1846, Dalloz 46, 1, 368 ; Nîmes 10 décembre 1856, Dalloz 58, 2, 8 ; Rouen 7 février 1844, Sirey 45, 2, 78.

2. Nîmes, 18 janvier 1830. Dalloz, *Contr. de Mariage*, n° 359.

3. Tome 21, n° 75.

législateur le permet. En dehors de cette clause et sous tous les régimes, les tiers peuvent, en faisant des dons ou des legs aux époux, leur imposer les conditions dont ils jugent à propos d'entourer leurs libéralités. Il nous reste à dire que si les tiers ne peuvent créer une inaliénabilité nouvelle sous le régime dotal, quand le contrat de mariage ne le permet pas, *a fortiori*, cette même impossibilité subsiste-t-elle à leur égard, sous un régime extra-dotal. Nous ne croyons donc pas qu'un tiers puisse faire à une femme mariée sous le régime de communauté, une donation où il serait stipulé que le bien donné sera inaliénable (1).

Deuxième exception. — Cette nouvelle exception a un caractère général et s'applique, quel que soit le régime adopté par les époux. Elle se rattache, comme nous l'avons dit, à la théorie de la réserve et a pour résultat de soumettre les tiers au respect de l'immutabilité, en ce sens que les donations ou legs faits par eux aux époux pendant le mariage ne peuvent tendre à changer la condition des biens dans le régime.

Nous supposerons les époux mariés en communauté ; l'application se fera d'elle-même sous les autres régimes. Les époux sont donc communs en biens et le tiers, par hypothèse, est le père de la femme. Celle-ci, par suite, a droit à une réserve que lui attribue directement la loi. Or, qu'arrivera-t-il si le père qui a une fortune purement mobilière la lègue toute entière à sa fille, sous la

1. Caen 18 décembre 1849, Dalloz 51, 2, 233 ; Guillouard, I, n° 241.

condition que les biens qui la composent, ne tomberont pas en communauté? La communauté, par l'intermédiaire du mari, ne peut-elle se plaindre et méconnaître la validité d'une pareille disposition?

Cette question a fait naître deux opinions absolues, dont la seconde a soulevé parmi ses propres partisans, certaines dissidences.

La première doctrine soutient que la clause est valable.

La réserve, dit-on, est un bénéfice spécialement établi dans l'intérêt de l'héritier réservataire; or, on ne peut la retourner contre lui. S'il a intérêt à ne pas l'invoquer on peut dire à l'égard de toute autre personne, que la réserve n'existe pas. L'action en réduction ne peut donc être exercée que par le réservataire seul et jamais elle ne peut être invoquée à son détriment (1).

La seconde doctrine qui a pour elle, un plus grand nombre de suffrages et un arrêt de la Cour de Cassation (2) très récent, soutient que la clause ci-dessus est nulle, comme dérogeant au principe de l'article 1395. Le donateur, en effet, n'a pas le droit d'apposer à sa donation une condition illicite; or, n'est-ce pas illicite que de changer la situation de la portion réservée dans le régime des époux? Aucun doute ne semble possible; évidemment le donateur n'a pas la libre disposition des biens qui composent la réserve, car il ne peut en priver un de ses

1. M. Bugnet, cité par Mourlon T. 3, n° 60; Toullier, T. 12, n° 114; Duranton T. 14, n° 135.

2. Cass, 6 mai 1885, Dalloz 85, 1, 369.

enfants ou en augmenter le montant pour l'un au détriment des autres. Il est vrai que la clause dont nous parlons est dans l'intérêt du réservataire, mais qu'importe ? Ce n'est pas du *de cujus* que la femme ici tient sa réserve, c'est de la loi.

Le père n'a donc pu y apposer aucune condition qui tendrait à modifier les conséquences du régime ; la réserve doit entrer intacte et libre de toute condition, de toute charge, dans le patrimoine de sa fille réservataire. Quant à l'objection tirée de ce que le donataire peut seul invoquer son droit à la réserve, elle nous paraît facile à réfuter. L'article 921 C. civ. donne implicitement aux ayant-cause du réservataire le droit qu'il a lui-même d'invoquer la réserve. Or la communauté est un ayant-cause de l'époux réservataire ; elle a donc aussi le droit de se prévaloir de la réserve. Ce droit de la communauté est d'ailleurs d'autant plus légitime que le conjoint donataire, en se mariant sous le régime de la communauté est censé avoir transmis à celle-ci son droit éventuel aux biens mobiliers qui composeront plus tard sa réserve. La communauté peut donc agir pour conserver ce droit qui lui appartient. Enfin M. Laurent fait encore remarquer, à ce point de vue, que l'acceptation par la femme d'une pareille donation porterait atteinte à ses conventions matrimoniales, car elle a mis dans la communauté tout son mobilier futur, sa réserve y compris ; peut-il donc se faire ensuite que les biens réservés soient exclus de la communauté ? « Vainement dirait-on que c'est le donateur qui a imposé cette condition prohibée et non le donataire ; on répond

que la donation n'existe que par l'acceptation du donataire; c'est donc par un contrat auquel l'époux concourt que les conventions matrimoniales sont modifiées; partant, ce contrat est nul, en ce qui concerne la condition que les parties y ont apposée » (1).

Nous adoptons cette seconde doctrine qui nous paraît beaucoup plus juridique que la première mais nous repousserons les restrictions diverses que les partisans de cette seconde opinion ont proposé d'y apporter. C'est ainsi que selon MM. Rodière et Pont (2) la clause que nous supposons dérogatoire à notre principe de l'immutabilité est nulle si l'époux réservataire accepte la succession, valable s'il y renonce, parce qu'alors il ne saurait être question de réserve. Mais notre sentiment est que, même dans cette hypothèse, la clause ne peut avoir aucun effet, car cette renonciation deviendrait pour le donataire un moyen de modifier des conséquences de la communauté qu'il a adoptées et ferait échec ainsi à la règle de l'article 1395.

Nous écartons de même, la distinction admise par MM. Aubry et Rau (3), suivant laquelle la clause en question est nulle quand elle se trouve dans une donation faite pendant le mariage ou dans un testament et valable au contraire, lorsqu'elle est contenue dans le

1. Laurent, T. 1 n° 277; Colmet de Santerre, T. 6, p. 49; Guillouard, T. I n° 403 et parmi les auteurs plus anciens Delvincourt, T. 3 *notes*, page 12, note 2; Valette *cité par Mourlon* T. 3, n° 60; Marcadé, T. 5, p. 493, n° 8 bis de l'art. 1408.

2. Tome I, p. 453, n° 545.

3. A. et R., T. 5, § 507, *note* 20.

contrat de mariage. Non pas que cette distinction soit fausse; mais elle ne crée pas un nouveau système et n'est en réalité qu'une application du nôtre, car la clause insérée dans le contrat de mariage ne constitue qu'une stipulation de propres, évidemment permise d'après le droit commun (art. 1387) (1).

Enfin si la donation de l'ascendant comprend un immeuble faisant partie de la réserve du conjoint donataire, la clause qui tendrait à le rendre commun, serait nulle évidemment; le donataire ferait valoir justement son droit à la réserve, sans qu'on puisse lui faire une seule des objections formulées dans l'hypothèse inverse.

1. Voy. Guillouard, T. I, n° 403.

CHAPITRE III

MODIFICATIONS AUX DONATIONS ET CONSTITUTIONS DE DOT FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX OU A L'UN D'EUX

Nous avons reconnu, dans la seconde partie de cette étude, que ces donations et constitutions de dot sont de véritables conventions matrimoniales. Elles tombent donc sous l'application de la règle édictée par l'article 1395 ; aussi Pothier (1) les comprenait-il déjà dans la règle de l'immutabilité. Pour faciliter la clarté des explications que nous avons à fournir sur ce point, nous envisagerons d'abord les donations que les époux se sont faites dans leur contrat de mariage, et nous parlerons ensuite des constitutions de dot qui, dans le même acte, leur ont été faites par des tiers.

§ 1. — *Modifications aux donations faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage*

Le seul moyen pratique qui s'offre aux époux pour modifier les donations que l'un d'eux a reçues de l'autre, par contrat de mariage, c'est la renonciation du dona-

1. *Introduc. au Tit. du contr. de Mar.* n^{os} 2 et 18.

taire à la libéralité que son conjoint lui a faite. Il est facile de concevoir qu'une telle renonciation portera fréquemment atteinte à la règle de l'immutabilité, puisqu'elle aura pour résultat de diminuer ou de supprimer complètement ces donations qui ont cependant le caractère de conventions matrimoniales. Mais la question est de savoir si, dans tous les cas, et quelles que soient les circonstances qui l'accompagnent, la renonciation vaudra changement au contrat de mariage et par suite restera sans valeur, ou si quelquefois elle ne pourra pas être maintenue, comme ne constituant pas une dérogation à l'article 1395. La réponse à cette question comporte certaines distinctions assez délicates ; pour mieux les dégager, nous supposerons d'abord que la renonciation se trouve dans un acte passé entre les seuls conjoints et nous verrons ensuite le cas où elle intervient dans un contrat fait avec un tiers.

A. — Lorsque la renonciation se fait seulement entre les conjoints, aucun doute n'est possible ; c'est la nullité absolue qui en résulte. L'acte ne constitue alors qu'une pure abdication, totale ou partielle, d'un droit qui fait partie du contrat de mariage ; il y a violation de la loi, donc nullité. Peu importe, du reste, qu'il s'agisse d'une donation de biens présents ou d'une institution contractuelle ; seulement, dans ce dernier cas, l'acte de renonciation se trouve frappé d'une double nullité, comme portant à la fois atteinte à l'article 1395 et aux textes qui défendent les pactes sur succession future, (art. 791, 1130, 1600). Il est vrai que cette seconde cause de nullité

est contestée, mais nous montrerons tout à l'heure qu'elle doit être admise.

La jurisprudence a été appelée à statuer sur ces renonciations entre époux, elle n'a pas hésité à en prononcer la nullité. Une femme avait donné un immeuble à son futur mari par contrat de mariage, et celui-ci, *constante matrimonio*, avait consenti à ce que la propriété fût réduite à un simple usufruit. La Cour Suprême annula cette convention et maintint la donation en toute propriété (1). Dans une seconde espèce, où il s'agissait d'une femme qui réclamait un gain de survie que son mari lui avait assuré par contrat de mariage, mais auquel elle avait renoncé partiellement à une époque ultérieure, la Cour de Cassation, voyant avec raison, dans cette renonciation, une atteinte au principe de l'immutabilité, reconnut le bien-fondé de la réclamation formulée par la demanderesse et lui donna gain de cause (2).

B. — La renonciation d'un époux à la donation à lui faite par son conjoint dans le contrat de mariage, se trouve comprise dans un acte passé avec un tiers. Faudra-t-il la maintenir ou l'annuler? Il y a, dans la réponse, des distinctions à faire. Il faut se demander si la renonciation est abdicative ou translatrice. Or, ce caractère de la renonciation n'apparaîtra pas toujours avec évidence. Le mari, par exemple, après avoir donné à sa femme l'usufruit d'un immeuble par contrat de mariage, veut, après la célébration, faire donation de la pleine

1. Cass. 9 novembre 1824, Dalloz *Cont. de Mar.* p. 85, n° 324.

2. Req. 27 décembre 1854, Dalloz, 55, I, 52.

propriété du même immeuble à un tiers et la femme intervient à l'acte pour renoncer à son usufruit. Comment interpréter cette renonciation ? Il faut rechercher dans quelle intention la femme l'a faite et le rôle qu'elle a joué dans le contrat. A-t-elle entendu abandonner purement et simplement son droit, pour laisser à son mari la libre disposition de l'immeuble ? Sa renonciation est alors abdicative. A-t-elle voulu, au contraire, participer activement au contrat conclu avec le tiers et lui faciliter l'acquisition complète de l'immeuble, en l'investissant directement, sous l'assistance de son mari, de l'usufruit qui lui appartenait ? Elle fait alors une renonciation translatrice ; le tiers obtient d'elle l'usufruit comme il reçoit du mari la nue propriété.

Nous avons vu que, faite entre les seuls époux, la renonciation est nulle, parce qu'elle est toujours abdicative. Si donc, la renonciation qui se trouve dans un acte passé avec un tiers est abdicative, elle sera également frappée de nullité, car les raisons de décider sont les mêmes. Quant à la renonciation translatrice, la solution sera différente suivant qu'il s'agira d'une donation de biens présents ou d'une donation de biens à venir.

1° La renonciation s'applique à une donation de biens présents.

Rien, selon nous, ne s'oppose à sa validité. On a objecté : que toute renonciation qu'elle soit abdicative ou translatrice, aboutit à supprimer une convention matrimoniale, ce qui est pire que d'y apporter un changement : qu'un pareil acte offre tous les dangers qu'a voulu éviter le législateur dans l'article 1395, tant au point de vue des

époux qu'à l'égard des tiers. Mais ces critiques se réfutent aisément. Autre chose est de se dépouiller purement et simplement d'un droit, autre chose d'en disposer au profit d'un tiers. Le droit est si peu détruit dans ce dernier cas qu'on l'exerce en l'aliénant et qu'on donne à un autre le pouvoir de l'exercer en son nom. Pour qu'une renonciation translatrice à une donation de biens présents fût écartée, il faudrait que les époux n'eussent pas la faculté de disposer de leurs biens pendant le mariage, ce qui est inadmissible ; sans doute il est défendu de changer les conventions matrimoniales, mais de cette défense ne peut résulter l'immobilisation de tous les biens des deux époux.

Exercer le droit qui dérive d'une convention, ce n'est pas la changer.

La renonciation translatrice n'a rien de commun avec la renonciation abdicative, qui, elle, détruit une clause du contrat de mariage en anéantissant le droit qui en dérive. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que le plus grand nombre des auteurs (1). Un contrat de mariage, portant régime dotal avec société d'acquêts, attribuait la totalité des acquêts au survivant des époux. Mais ceux-ci convinrent de faire, par anticipation, entre leurs enfants, le partage de leurs immeubles communs. La Cour de Cassation valida cette convention, en faisant seulement

1. Cass. Rej. 18 avril 1812, Sirey 13, 1, 133; Toulouse, 12 mai 1848, Sirey 48, 2, 301; Bordeaux, 9 avril 1840, Dalloz, *contr. de mar.* n° 334; Cass. 16 juillet 1849, Sirey 50, 1, 380; Cass. 31 juillet 1867, Dalloz 68, 1, 209.

remarquer que la donation serait réputée faite pour le tout, par l'époux survivant (1).

2° Supposons maintenant que la renonciation translatrice porte sur une institution contractuelle. Ce n'est pas, comme nous venons de le voir, l'article 1395 qui s'oppose à la validité de cette renonciation, mais ne se heurte-t-elle pas à la règle qui prohibe les pactes sur succession future? On pourrait en douter, car la donation de biens à venir crée en faveur du donataire un droit contractuel, irrévocable. MM. Aubry et Rau (2) sont, en effet, partis de là pour soutenir, d'abord, la négative. Il s'agit là, disaient-ils, d'un véritable droit de propriété qui porte, il est vrai, sur des biens à venir, mais qui n'en est pas moins un droit actuel dont l'institué peut, par conséquent, disposer à sa guise. Mais les savants jurisconsultes sont revenus sur leur première opinion par des raisons qui nous paraissent incontestables. Peu importe, en effet, que le donataire de biens à venir ait un droit contractuel et irrévocable, car l'article 791 qui prohibe les pactes sur succession future, ne distingue pas si cette succession dérive de la loi ou de la volonté de l'homme. Et d'ailleurs, ce droit de succession éventuelle ne rend pas l'institué actuellement propriétaire, même conditionnel ; la propriété ne lui est acquise que du jour du décès du donateur, sans aucune rétroactivité dans le passé. Il ne peut pas plus se dire héritier du

1. Cass. 31 juillet 1867, Dalloz 68, 1, 209. Voy. Aubry et Rau, T. 5, § 503 bis, pp. 257 et 258 ; Laurent, T. 21, n° 83 ; Guillouard, *cont. de mar.* T. I. n° 238, dans le même sens.

2. Tome 6, p. 263-266.

vivant du *de cuius* que l'héritier présomptif réservataire, dont la situation est comparable à la sienne, comme le fait très judicieusement observer M. Colmet de Santerre, qui voit dans le droit du donataire de biens à venir une sorte de réserve contractuelle. Enfin, dernière considération, les motifs qui ont inspiré au législateur, les articles 791, 1130 et 1600, se reproduisent ici avec la même force. « Incertitude sur l'époque de l'ouverture du droit, dit encore M. Colmet de Santerre, incertitude sur le chiffre du patrimoine, partant spéculation dangereuse et immorale parce que le cédant n'en peut apercevoir les conséquences et que le cessionnaire profite de ses passions et de son aveuglement, toutes les considérations morales et politiques, qui ont dicté la prohibition des pactes successoires, commandaient de l'appliquer aussi bien aux successions contractuelles qu'aux successions testamentaires. » C'est donc la nullité spéciale des articles 791 et suivants, qui frappe les renonciations translatives faites par les époux aux institutions contractuelles de leur contrat de mariage (1).

Il importe de ne pas confondre la renonciation à une donation universelle ou à titre universel, ayant ainsi le caractère d'une véritable institution contractuelle, avec la renonciation à une donation portant sur des droits certains et irrévocables, quoique soumis à la condition de survie.

S'il s'agissait de cette dernière donation, l'époux do-

1. Cass. Rej. 41 et 12 janvier 1853, Sirey 53. 1, 71; Caen, 23 mai 1861, Sirey, 62, 2, 497, Aubry et Rau, T. 5, p. 257 et 258; Laurent. T. 24, n° 83; Guillouard, *Cont. de mar.* T. I, n° 235.

nataire y pourrait faire, très-valablement, une renonciation translatrice (1).

§ 2. — *Modifications aux Constitutions de Dot faites par des tiers aux époux dans le contrat de mariage.*

Il s'agit, en ce moment, des donations, communément appelées constitutions de dot que les tiers, ascendants ou autres, font aux futurs époux dans le contrat de mariage. Comme les constitutions de dot sont des conventions matrimoniales, tout changement qui y serait apporté, tombe naturellement sous l'application de l'article 1395.

Les époux ne pourront donc, pendant le mariage, en faire l'objet d'une renonciation en faveur du constituant. Cette règle, universellement acceptée aujourd'hui, a soulevé autrefois des objections. M. Duranton (2), par exemple, a soutenu que le principe de l'immutabilité ne pouvait mettre obstacle à l'exercice des pouvoirs que la loi confère au mari. Si par conséquent, aux époux mariés sous le régime de communauté, un ou plusieurs

1. Agen, 12 mai 1848, Sirey 48, 2, 301 ; Cass. 16 juillet 1849, Sirey 50, 1, 380 ; Toullier, t. 13 n° 122 ; Troplong, *Donat.* n° 2550 et *Vente* n° 250, Benech, *Quotité dispon. entre époux*, p. 448 et suiv.

2. *Cours de dr. fr.* Tome 14 n° 64.

tiers ont fait des constitutions de dot et que celles faites à la femme consistent en argent, le mari qui en est devenu propriétaire, peut faire la remise générale aux divers constituants. L'article 1422 ne lui permet-il pas, en effet, de disposer des meubles de la communauté à titre gratuit et particulier, pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit ?

Mais il en serait autrement sous le régime dotal, au moins d'après l'interprétation qu'en fait la jurisprudence, la renonciation serait nulle, si on admet l'inaliénabilité de la dot mobilière et l'effet des clauses d'emploi contre les tiers.

Cette doctrine est aujourd'hui universellement abandonnée.

Ces distinctions entre les pouvoirs du mari sous les différents régimes laissent intacte la règle de l'immutabilité. Quel que soit le droit de disposition du mari sur les biens que sa femme lui apporte pour subvenir aux charges du ménage, il ne peut l'exercer que sous la condition *sine qua non* de ne pas porter atteinte à la stabilité des conventions matrimoniales. Du reste, il faut remarquer avec M. Guillouard (1) qu'il y a lieu d'appliquer aux constitutions de dot, la distinction que nous connaissons entre les renonciations abdicatives et les renonciations translatives. « Les époux ne peuvent renoncer, d'une façon abdicative, dans l'intérêt du tiers donateur aux libéralités qui leur ont été consenties, car ce serait une atteinte à leurs conventions matrimoniales ; mais ils ont

1. *Cont. de mar.* I, numéro 238.

le droit de disposer des choses qui leur ont été données, et à ce titre, ils peuvent y renoncer. »

La jurisprudence, au point de vue qui nous occupe a eu souvent à défendre le principe de l'immutabilité. Voici quelques unes de ces décisions. Elle a jugé que le mari ne peut renoncer à exiger la dot qui lui a été promise par le contrat de mariage (1). Elle annule, dans un arrêt plus récent (2), la renonciation indirecte par laquelle l'époux donataire se reconnaît débiteur de la dot envers celui qui l'a constituée. Dans l'espèce sur laquelle les juges avaient à statuer, le donateur n'était pas intervenu ostensiblement au contrat de mariage. Il avait fourni à la future épouse, sa belle-sœur, la dot réglementaire pour son mariage, avec un officier de l'armée. La cour de Limoges n'admit pas, par application de l'article 1395, que les époux pussent s'obliger à la restitution de cette somme envers le constituant. Il y a en outre, un motif de de plus en faveur de l'arrêt, c'est le motif d'ordre public, qui fait fixer un minimum de dot réglementaire par l'administration de l'armée, dans l'intérêt de la dignité du corps des officiers.

De même encore a été déclarée nulle la convention par laquelle l'un des époux, concourant à un partage anticipé fait par un de ses ascendants, avait renoncé au bénéfice d'une institution contractuelle établie en sa faveur (3).

1. Rennes, 1^{er} mars 1849, Sirey, 49, 2, 602.

2. Limoges, 13 juillet 1878, Sirey 78, 2, 269.

3. Cass. 28 mars 1866, Sirey 66, 1, 217; Cass. 26 mars 1867, Sirey 67, 1, 215.

Il ne faut pas confondre ce cas avec la renonciation à une donation de biens à venir, dont il a été question au paragraphe précédent. Nous supposons alors que l'institution contractuelle avait été faite par l'un des époux à l'autre et que celui-ci y renonçait au profit d'un tiers. Ici, au contraire, c'est l'ascendant qui a fait la constitution de dot portant sur des biens à venir et c'est pour lui rendre la libre disposition de ces biens que la renonciation est intervenue. L'acte du donataire contient donc tout ensemble une violation du principe de l'immutabilité et une violation de la règle qui prohibe les pactes sur succession future. Que si la renonciation avait lieu en faveur des héritiers présomptifs de l'ascendant qui viennent au partage, son caractère translatif lui permettrait d'échapper à la sanction de l'article 1395, mais elle resterait nulle, par application des articles 791, 1130 et 1600 relatifs à la seconde prohibition (1).

Si les époux ne peuvent renoncer aux constitutions de dot qui leur ont été faites par contrat de mariage, il ne leur est pas permis non plus, au moyen de conventions postérieures à la célébration d'en amoindrir ou d'en atténuer les effets, soit en les empêchant de produire leurs conséquences normales, soit en reculant l'époque de leur exigibilité. Rien au contraire ne s'oppose à ce que,

1. Aubry et Rau, T. 5, § 503 bis, note 22 et T. 8, § 739 notes 58 et 59. La jurisprudence a fait d'autres applications de la nullité des renonciations dont nous parlons, dans les arrêts suivants Bastia, 16 janvier 1856, Sirey 56, 2, 81; Pau 9 janvier 1877, Sirey 77. 2, 208,; Req. 29 mai 1866, Dalloz 66, 1, 397,; Cass. Req. 23 juin 1887, Dalloz, 87, 1, 449.

des modifications soient apportées au mode de paiement ou d'exécution de la dot. Quelques mots d'explication sont nécessaires sur chacune de ces solutions :

1° Les époux ne pourraient convenir au cours du mariage que la garantie ne sera pas due par le tiers qui a constitué la dot, car il y est tenu de plein droit, en vertu des articles 1440 et 1547, à moins, bien entendu, de stipulation contraire au moment de la constitution. Même règle pour les intérêts, qui courent de plein droit, du jour du mariage (art. 1440 et 1548); d'où il suit que le mari ne serait pas cru, s'il venait affirmer, postérieurement à la célébration que, d'après l'intention des parties, la constitution de dot à terme ne devait pas produire d'intérêts (1). Voici encore, à titre de renseignement curieux, le résumé d'un ancien arrêt du 15 juillet 1583 (2) : La contre lettre d'un gendre faite à son beau-père, par laquelle il lui rétrocède la jouissance, sa vie durant, des fruits d'un héritage baillé en dot à sa fille, a été jugée bonne, parce que le mari est le maître des fruits ; et ce, à l'égard du mari seulement et non de sa femme, qui après le décès de son mari peut agir contre ses héritiers et demander récompense. — Aujourd'hui l'avis opposé prévaudrait. D'abord le mari ne pourrait rétrocéder à son beau-père la jouissance des fruits de la dot, car les pouvoirs du mari, comme nous l'avons vu plus haut, se trouvent nécessairement restreints par l'applica-

1. Pau. 9 janv. 1838, Sirey 39, 2, 339; un arrêt précité de Rennes, 1 mars 1849, Sirey 49, 2, 602; Rouen 22 juillet 1863, Sirey 64, 2, 108.

2. Brodeau sur Louet, *Lett. C Somm.* XXVIII.

tion du principe de l'immutabilité. De plus, cette renonciation du mari, fût-elle valable, la femme ne pourrait lui en demander la récompense, car il n'y aurait pas eu enrichissement du mari, par hypothèse.

2° Les époux ne peuvent reculer l'époque où le paiement de la dot devient exigible. Renoncer à se prévaloir de l'échéance et accorder un délai plus ou moins long au constituant, c'est modifier les conventions matrimoniales. En effet, le contrat de mariage a voulu qu'à un certain moment l'époux donataire reçut le paiement et devint propriétaire de la dot; les clauses en seraient changées si le donataire consentait à rester créancier et à conserver un droit moins certain qui le laisse soumis à tous les risques de l'insolvabilité du donateur. L'arrêt de la Cour de Rennes, que nous avons déjà cité deux fois (1^{er} mars 1849) a consacré cette manière de voir. Parmi les différents éléments du procès se trouvait un acte dans lequel le mari renonçait à exiger des père et mère de sa femme, pendant leur vie, le paiement de la dot qu'ils avaient constituée purement et simplement à leur fille. La Cour a déclaré nul cet acte de renonciation, comme apportant un changement aux conventions matrimoniales.

La Cour de Cassation (1) s'est également prononcée dans le même sens, à l'occasion d'une espèce analogue mais où la question qui nous occupe se trouvait seule soulevée sans que d'autres éléments vinssent s'y mêler et l'empêcher d'être pleinement mise en lumière. Tan-

1. Arrêt du 4 décembre 1867, Sirey, 68, 4, 153.

dis que le contrat de mariage voulait que la dot fut payée par les père et mère de la femme avant la célébration, les époux, une fois le mariage contracté s'engagèrent à ne pas en exiger le paiement pendant la vie des constituants. La cour de Bordeaux (2), perdant entièrement de vue le principe de l'immutabilité, avait validé cette convention, comme ne dépassant par les droits d'un créancier ordinaire, qui peut toujours accorder un délai à son débiteur. Et comme les père et mère de la femme n'en devaient pas moins, jusqu'à leur mort, payer les intérêts de la dot, la cour de Bordeaux n'avait vu dans cette stipulation de délai, qu'un placement de la dot avantageux pour les époux. Mais la Cour Suprême rétablit les vrais principes. Elle constata que l'application du droit commun, qui permet au créancier de reculer l'échéance de la dette et de faire une remise complète au débiteur, tombe devant la prohibition de l'article 1395 ; que cette prohibition n'est pas respectée dans l'espèce, puisque la concession d'un terme rend plus aléatoire le paiement de la dot, par suite de l'insolvabilité possible des constituants et qu'enfin les garanties, que la loi donne à la femme contre son mari pour la restitution de la dot à la dissolution du mariage, se trouvent diminuées ou même supprimées par cette convention qui retarde, peut-être pour longtemps, le paiement de la dot. Il n'y a pas d'assimilation à établir, comme le fait l'arrêt attaqué, entre la prorogation de terme et un placement de la dot qu'aurait effectué le mari. Il y a entre les deux

2. 14 février 1865, Dalloz 67, 1, 455 et Sirey 68, 1, 153.

hypothèses une différence capitale au point de vue de la responsabilité du mari. Supposons que le terme ait été valablement stipulé, la responsabilité du mari à l'égard de la femme peut être complètement dégagée ; il n'y a qu'à supposer pour cela que le mariage se dissolve avant que les constituants aient effectué le paiement de la dot ; la femme n'aura aucun recours contre son mari puisqu'il n'aura rien touché. Si au contraire la clause de délai est nulle, le mari sera responsable soit qu'il ait reçu la dot, soit qu'il ait négligé de la réclamer et la créance en restitution qu'a la femme trouvera dans l'hypothèque légale une solide garantie (1).

La dot avait été stipulée payable après la célébration et elle a fait l'objet d'un paiement anticipé ; il n'y a pas là un changement aux conventions matrimoniales. Un pareil paiement est libératoire même à l'égard des tiers, sauf au cas de simulation ou de fraude (2). M. Guillelouard (3) fait même observer que le paiement anticipé peut être considéré comme une augmentation de la dot, car c'est payer plus que de payer plus tôt et qu'à ce point de vue, il doit encore être regardé comme valable.

3° Nous avons dit que les pactes entre époux qui n'ont trait qu'au mode de paiement ou d'exécution de la dot ne constituent pas des changements aux conventions matri-

1. A rapprocher de cet arrêt de la Cour de Cassation, un arrêt précité de la cour de Rouen du 22 juillet 1863 (Sirey 64, 2, 108).

2. Aubry et Rau, T. 5, § 203 bis, p. 259. Cass. Rej. 22 août 1865, Sirey 66, 1, 437 ; Cass. 28 janvier 1879, Dalloz 79, 1, 83.

3. *Cont. de Mar.* 1, n° 242.

moniales. Avant la publication de l'ouvrage de M. Laurent, la doctrine n'avait jamais varié sur ce point et la jurisprudence décidait dans le même sens. Mais M. Laurent (1) s'est vivement élevé contre cette théorie.

Ce n'est pas qu'il repousse absolument toute modification à l'exécution de la dot ; il semble bien d'après les espèces particulières sur lesquelles il raisonne et qui se sont présentées en pratique, qu'il entend faire une distinction entre les modifications prévues par les époux lors du contrat de mariage et celles qui seraient restées en dehors de leurs prévisions. Valables sont les premières, nulles les secondes. Aussi M. Laurent approuve-t-il la Cour de Cassation dans l'hypothèse suivante. Le père après avoir constitué à sa fille une dot de 4000 francs, se démit le jour même du contrat, de sa place de percepteur des contributions directes en faveur de son gendre et cette démission, évaluée à 4000 francs fut considérée comme une compensation de la dot. Plus tard, le gendre exigea le versement de la dot, donc un payement de 4000 francs. Il fut déclaré constant par le premier juge et sur le pourvoi, par la Cour de Cassation (2) que la démission du beau-père était la véritable dot ; la prétention du gendre fut donc écartée. Mais dans d'autres espèces, M. Laurent ne fut pas de l'avis de la Cour de Cassation, ni de la jurisprudence des cours d'appel, quand les stipulations relatives au paiement de la dot étaient postérieures au contrat. Exemple : Les père et mère avaient constitué à

1. Tome 21 p. 108 et suiv.

2. Rej. 2 mars 1825 (Dalloz, au mot de *Cont. de mariage*, n. 379).

leurs fils une pension annuelle par contrat de mariage. Après la célébration du mariage, ils convinrent avec lui, qu'il jouirait d'un immeuble à eux appartenant, moyennant une pension qu'il devrait leur payer, défalcation faite de celle qu'il avait reçue en dot. La cour d'Aix (1) jugea que cette convention modifiait seulement le mode de paiement de la dot et qu'elle était valable puisqu'elle ne contrevenait pas au principe de l'immutabilité du contrat de mariage. M. Laurent se prononce contre cet arrêt. Et cependant la jurisprudence est unanime à admettre, comme principe général, qu'un mode de paiement autre que celui stipulé dans le contrat de mariage n'est pas un véritable changement aux conventions matrimoniales. Elle a fait maintes applications de cette règle, outre celles que nous venons déjà d'indiquer; c'est ainsi qu'elle permet entre autres conventions, postérieures ou non à la célébration, la substitution d'un capital à la pension stipulée comme dot dans le contrat, et la *datio in solutum* d'un immeuble au lieu du versement d'une somme d'argent (2). Quelles sont donc les raisons sur lesquelles s'appuie M. Laurent pour motiver son opinion contraire à celles de la jurisprudence et de la doctrine (3)? Nous ne pouvons mieux faire, que de citer ici le passage (4) où cet auteur formule ses arguments.

1. 19 avril 1872, Dalloz. 73, 2, 239.

2. Cass. Rej. 4 août 1852. Dalloz 52, 1, 193; Cass., 19 janvier 1836, Dalloz *Contr. de mar.* n° 355; Cass. 8 décembre 1874, Sirey 75, 1, 209 et Dalloz 75, 1, 33, Paris 4 mars 1879. Sirey 79, 2, 172 et Dalloz 80, 2, 228.

3. Voy. en effet Aubry et Rau. T. 5, § 503 bis, p. 259.

4. Tome 21, n° 85 p. 110.

« Les stipulations relatives à la dot sont certainement des conventions matrimoniales ; si on les modifie, quelque légère que soit la modification, ne contrevient-on pas au principe de l'immutabilité ? Il est vrai que le mode de paiement peut être indifférent, mais il peut aussi ne pas l'être ; s'en rapportera-t-on aux tribunaux ? Ce serait permettre aux juges de changer les conventions matrimoniales. L'opinion que nous énonçons paraîtra rigoureuse, et elle l'est, mais il s'agit d'une disposition de rigueur ; il importe d'empêcher tout changement, quelque peu important qu'il soit, sinon le but de la loi n'est pas atteint : on ouvre la porte au désir de changement si naturel à l'homme, et l'on jette dans la famille une semence de division et de discorde. »

Nous n'acceptons pas cette doctrine ; elle nous semble trop rigoureuse et elle dépasse, croyons-nous, l'intention du législateur. Il n'a pu confondre la constitution de dot proprement dite avec l'exécution des obligations qui en dérivent. Ne voyons-nous pas, en effet, dans l'article 1406 qu'un ascendant peut donner à son descendant un immeuble, *pour le remplir de ce qu'il lui doit* ? La loi ne se préoccupe pas de la cause de la dette. Ce peut donc être et ce sera la plupart du temps, une constitution de dot ; voilà bien la preuve que la *datio in solutum* est permise comme mode de paiement. Du reste, la femme n'a-t-elle pas elle-même le droit de l'employer ? L'article 1595, 3^e le lui accorde formellement ; il déclare valable la cession de biens que la femme fait à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot. Si la femme peut payer la dot au moyen d'une *datio in solutum*, nous ne

voyons pas pourquoi le même droit serait refusé au tiers. Il est vrai que le texte ne permet pas ce mode de paiement à la femme quand elle est commune en biens ; mais cette restriction tient évidemment à la situation particulière de la femme sous le régime de communauté. Malgré cette restriction, le principe n'en reste pas moins certain : à savoir que la femme, et par conséquent toute personne qui constitue la dot, peut valablement consentir, pendant le mariage, une modification au mode de paiement de la dot. Qu'on n'objecte pas que ce changement peut présenter certains inconvénients et amoindrir la situation de l'époux donataire ! Nous répondons que tout pacte qui tend à diminuer la dot rentre dans la prohibition de l'article 1395, mais que les simples inconvénients ou embarras qui peuvent résulter d'une modification relative à l'exécution seule de la dot sont encore préférables à la prohibition absolue, car il arrivera souvent que l'époux donataire aussi bien que le tiers constituant, y trouvera son avantage (1).

1. Guillouard, *loc. cit.*, n° 243.

CHAPITRE IV

RESTRICTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ

Nous ne reviendrons pas ici sur les changements que les parties peuvent apporter à leurs conventions matrimoniales dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage du mariage lui-même. Le principe de l'immutabilité n'a rien à voir à ces changements puisqu'il ne prend son point de départ qu'au moment même de la célébration.

Mais un certain nombre d'exceptions à notre règle résultent, soit du Code civil lui-même, soit de lois postérieures. Nous indiquerons brièvement les plus importantes.

1° La principale des restrictions que reçoit l'article 1395 nous est déjà connue ; elle consiste dans la faveur concédée à la femme de demander et d'obtenir la séparation de biens lorsque le désordre des affaires du mari est un péril pour sa dot. Le jugement qui prononce la séparation de biens entraîne un changement complet de régime ; mais cette dérogation au droit commun se justifie par des raisons d'ordre supérieur auxquelles on ne peut qu'applaudir (article 1443). Il fallait bien protéger la femme contre les pouvoirs conférés au mari. La loi a donc eu raison de créer pour elle certaines garanties sérieuses comme l'hypothèque légale, le droit de renoncer

à la communauté et surtout la séparation de biens. Ainsi affranchie des craintes que lui inspirait la mauvaise administration du mari, la femme va reprendre, nous dit l'article 1449, la libre administration de ses biens. Elle va pouvoir faire des aliénations mobilières, du moins à titre onéreux ; nous pensons même avec la majorité des auteurs et la jurisprudence, qu'elle a ce droit même au-delà des limites de son administration. Elle contribuera, proportionnellement à ses ressources aux charges du mariage. Enfin, sous le régime dotal, l'inaliénabilité subsiste mais l'imprescriptibilité cesse et la femme séparée, qui reprend l'exercice de ses actions, devra avoir soin d'interrompre les prescriptions contre les tiers détenteurs. Ce supplément de capacité que la séparation de biens procure à la femme sera, du reste, porté à la connaissance des tiers par certaines mesures de publicité qui doivent accompagner la demande et le jugement de séparation. Nous renvoyons aux articles 866 et suivants du Code de procédure civile et à l'article 1445 du Code civil.

2^o Aux termes de l'article 299 du C. civ. l'époux contre lequel aura été prononcé le divorce, perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. C'est une nouvelle dérogation au principe de l'immutabilité qui a repris sa force depuis que le divorce est rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Faut-il, par analogie, étendre l'application de ce texte au cas de séparation de corps ? Nous le croyons et suivons, sur ce point, l'opinion générale, car la loi a voulu appliquer à la séparation de corps toutes

les règles du divorce qui ne sont pas incompatibles avec le principe de l'indissolubilité du mariage.

3° L'article 1446 prévoyant le cas de faillite ou de déconfiture du mari permet aux créanciers de la femme « d'exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. » Il y a là, pour ces créanciers, l'équivalent d'une véritable dissolution de la communauté suivie d'une renonciation de la femme. Mais la communauté n'en continue pas moins de subsister entre les époux et plus tard lorsqu'elle sera dissoute, la femme conservera le droit de l'accepter ou de la répudier. Si elle accepte, il lui faudra tenir compte à son mari des sommes que ses propres créanciers ont perçues dans la faillite ou dans la déconfiture de son époux.

4° Nous réunissons ici, en quelques mots, certaines dérogations que le droit commercial apporte au principe de l'immutabilité, relativement aux droits de la femme dans la faillite de son mari. Il résulte, en effet, des articles 557 à 564 du Code de Commerce (loi de 1838) que les droits de la femme mariée dans la faillite de son mari sont restreints à trois points de vue différents. La première de ces restrictions qui s'applique dans tous les cas a pour objet de régler limitativement les modes de preuve que la femme devra fournir pour l'exercice de ses reprises. Les deux autres ne sont applicables qu'au cas où le mari était déjà commerçant au moment du mariage ou l'est devenu dans l'année qui a suivi la célébration, sans avoir eu à cette époque aucune profession déterminée. La loi restreint alors, sous plusieurs rapports, l'hypothèque légale accordée à la femme par le Code civil dans les ar-

ticles 2121 et 2135 ; de plus, elle lui refuse toute action à raison des avantages qui lui ont été faits par son mari dans le contrat de mariage ; mais par réciprocité, elle défend également aux créanciers de la faillite de se prévaloir des avantages faits par la femme à son mari (art. 564 C. co). Toutes ces restrictions sont évidemment établies dans le but d'éviter les fraudes que les époux pourraient être tentés de commettre au détriment des créanciers du mari.

5° Lorsque les futurs époux stipulent dans leur contrat de mariage, que l'hypothèque légale sera restreinte à certains immeubles du mari, il n'y a certainement là aucune violation du principe de l'immutabilité, puisque les contractants ne font qu'user du droit que leur confère l'article 2140, en établissant une convention matrimoniale permise. Ils peuvent aussi, en se conformant aux prescriptions de l'article 2144, restreindre dans une certaine mesure, au cours du mariage, l'hypothèque légale ; mais alors selon nous, l'exercice de ce droit porte atteinte à la règle de l'article 1395 ; car l'hypothèque légale n'est que la conséquence des droits qui appartiennent au mari sur les biens de la femme, droits plus ou moins étendus suivant le régime et des autres conventions matrimoniales adoptées par les époux. Cette exception est, du reste, très justifiable, car elle a pour résultat d'affermir et de développer le crédit du mari, sans devenir une cause de préjudice pour la femme dont l'hypothèque légale aux termes de l'article 2144, doit rester suffisante pour la conservation entière de ses droits.

6° Enfin, suivant la jurisprudence, on doit étendre aux

contrats de mariage *antérieurs* à la loi du 2 juillet 1862 l'application de l'article 46 de cette loi, duquel il résulte, quesi le remploi en immeubles des biens de la femme est ordonné par le contrat de mariage, ce remploi peut être effectué en rentes 3 0/0 de la dette française sauf clause contraire. Cette pratique de la jurisprudence ne déroge-t-elle pas ouvertement à notre règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales?

Cette énumération, nous le répétons, n'est qu'énonciative et non pas limitative. Ainsi, on peut encore considérer comme un échec à l'immutabilité des conventions matrimoniales, le droit que l'article 1453 donne à la femme commune en biens, de renoncer à la communauté, après la dissolution de ce régime, etc.

QUATRIÈME PARTIE

SANCTION DU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES.

Il nous reste à savoir comment est sanctionnée la prohibition de l'article 1395. Faut-il considérer comme nul tout changement apporté aux conventions matrimoniales ? Et en cas de réponse affirmative, quelle sera la nullité, relative ou absolue ? La solution de ces questions se rattache évidemment aux motifs dont s'est inspiré le législateur en édictant le principe de l'immutabilité.

M. Toullier, un des premiers auteurs qui ont écrit sur le Code civil, a émis une théorie dont l'inexactitude a été relevée par tous les interprètes (1). Partant de cette idée que la raison principale du principe de l'immutabilité, dans notre ancien droit, était la prohibition des donations entre époux, il enseigne que ce fondement, sous l'empire du Code, a été modifié dans un certain sens. En effet, les donations entre époux sont aujourd'hui permises (art. 1096 et 1097) mais la loi veut que le donateur puisse les révoquer à son gré. Or, selon Toullier, la prohibition de

1. Dès son apparition, elle a été réfutée par M. Demante, dans un brillant article de la *Thémis* (Tome 8, p. 161 et 229).

tout changement aux conventions matrimoniales se relie intimement à cette manière de concevoir les donations entre époux. L'intention du législateur a été d'empêcher que les époux en modifiant les clauses de leur contrat de mariage, ne pussent se faire des donations irrévocables. Dès lors, à quoi bon déclarer nul, l'acte qu'ils auraient passé pendant leur union, contrairement à la règle de l'immutabilité ? Il suffit de ramener cet acte à une simple donation entre époux, en y attachant ce caractère de révocabilité qui est de l'essence même de ces sortes de donations.

Cette solution s'appuie uniquement sur cette considération qu'il n'y a pas d'autre fondement de notre article 1395 que la crainte de voir un époux abuser de son influence sur son conjoint, pour se faire consentir par une voie déguisée, des libéralités dans une certaine mesure irrévocables. Mais on se rappelle que ce motif n'est pas le seul qui ait fait écrire l'article 1395 et que le législateur s'est notamment préoccupé de l'intérêt des tiers. Or que devient cet intérêt si le changement apporté aux conventions matrimoniales se transforme simplement en donation entre époux ? Nous pourrions nous en tenir à cet argument auquel il n'y a rien à répondre ; mais la doctrine de Toullier soulève une foule d'autres objections décisives que nous indiquerons brièvement.

Est-ce que tous les changements faits au contrat de mariage ont le caractère de donations entre époux ? Qu'y a-t-il de commun, par exemple, entre une donation de cette nature et la renonciation abdicative que ferait l'époux donataire au tiers qui a constitué la dot ? D'autre

part, n'est-il pas évident que les changements, s'ils constituaient une donation entre époux tomberaient fréquemment sous la prohibition de l'article 1097 qui dispose que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire ni par donation entre vifs ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte ? Et l'article 1099, ne porte-t-il pas (deuxième alinéa), que toute donation entre époux, déguisée ou faite par personnes interposées, est nulle ? Il est vrai que certains auteurs soutiennent que le mot « nulle » est ici synonyme de réductible, mais la jurisprudence et un parti considérable dans la doctrine s'accordent pour déclarer que le mot « nulle » est mis par opposition aux donations indirectes (premier alinéa) qui, elles, seraient seulement sujettes à réduction.

Un autre argument tout aussi fort, se tire encore de l'article 1388 *in fine*, qui défend aux futurs conjoints, de déroger dans leur contrat de mariage aux dispositions prohibitives du Code civil. Qui pourrait soutenir que la sanction ne soit pas ici la nullité ? Or, l'article 1395 rentre incontestablement dans ces dispositions prohibitives puisque, d'après son texte même, les conventions matrimoniales *ne peuvent recevoir* aucun changement après la célébration du mariage. Enfin, pour clore ici cette série de réfutations, remarquons que la loi elle-même, dans deux cas où elle prévoit la violation de l'article 1395, prononce la nullité : Art. 1443 ; « Toute séparation volontaire est *nulle*. » — Art. 1451 (4^e al.) : « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient anté-

rieurement est *nulle*. » — C'est donc bien une nullité véritable qui sanctionne la prohibition de l'article 1395 ; nous n'avons plus maintenant qu'à rechercher la nature exacte de cette nullité.

C'est pour nous une nullité absolue. Mais, avant d'aller plus loin, nous déclarerons tout d'abord que nous ne faisons aucune différence entre les actes inexistantes et les actes nuls ; dans les deux cas nous disons qu'il y a nullité absolue, par opposition à la nullité relative qui se produit seulement lorsque l'acte est annulable.

L'acte nul ou inexistant se distingue de l'acte annulable à trois points de vue différents : quant aux personnes qui peuvent se prévaloir de la nullité ; quant à la possibilité de confirmer ou ratifier l'acte dont il s'agit ; quant au temps requis pour la prescription de l'action. Ces idées vont recevoir tout-à-l'heure leur développement.

Nous disons donc que tout changement aux conventions matrimoniales entraîne une nullité absolue. La nullité relative a en effet un caractère exceptionnel ; la loi ne l'admet que pour la protection de certains intérêts spéciaux. C'est ainsi que les actes passés par des incapables, comme le mineur, l'interdit, la femme mariée, sont simplement annulables ; de même encore les contrats entachés d'un vice du consentement, erreur, dol, violence et quelquefois lésion. Mais la règle générale est que toute violation d'un ordre ou d'une prohibition de la loi civile a pour conséquence une nullité absolue (1). Et quand la prohibition de la loi repose, comme celle qui nous occupe

1. Voir, à titre d'exemple, les art. 6, 791, 1130, 1128, 1600, 1596, 1597, etc.

sur un motif d'ordre public, quand les époux, la famille et les tiers ont un intérêt majeur à la stabilité des conventions matrimoniales, il n'y a plus aucun doute à conserver ; la sanction consiste bien dans une nullité radicale, absolue.

Reprenons donc les conséquences de cette nullité :

1° Elle peut être invoquée par toute personne intéressée. On ne comprendrait pas que les tiers à qui les clauses du contrat de mariage sont opposables, ne puissent pas à leur tour s'en prévaloir, pour écarter des modifications qui pourraient leur nuire. Tout le monde est aujourd'hui d'accord sur ce point.

2° L'acte par lequel les époux auraient ainsi modifié, en tout ou en partie, leurs conventions matrimoniales n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification. Là encore, les auteurs sont unanimes lorsque le changement est ratifié au cours du mariage ; la ratification prendrait alors le caractère d'une convention matrimoniale et ferait échec au principe de l'immutabilité. Mais où les divergences apparaissent, c'est lorsque les époux, après la dissolution du mariage, déclarent ratifier les modifications apportées à leurs conventions matrimoniales. Rien ne s'oppose alors, ont dit certains interprètes, à la confirmation de ces changements ; l'ordre public n'est plus intéressé à leur maintien (2). Mais rien n'est plus inexact à notre sens, que cette appréciation. On oublie qu'il s'agit ici non d'un vice à couvrir, mais d'une cause de nullité absolue ; la ratification ne peut s'appliquer à un acte

1. Aubry et Rau, T. 5, § 503 bis, 2.

qui n'a pas d'existence légale. Supposons que les époux, mariés sans contrat, conviennent plus tard de vivre sous le régime dotal ou sous la séparation de biens. Est-ce qu'une pareille convention peut être confirmée, même après la dissolution du mariage? La confirmation produirait un effet rétroactif et il en résulterait que les époux, abandonnant leur communauté primitive, auraient en réalité changé de régime. Ce serait un dernier moyen de violer le principe de l'art. 1395 (1). Tout ce qu'on peut admettre, c'est que cette ratification, postérieure à la dissolution, peut valoir comme une convention nouvelle entre les parties intéressées ; mais elle ne produira ses effets que dans l'avenir et non dans le passé ; en réalité elle sera tout autre chose qu'une ratification (2).

3° Ceux qui reconnaissent aux époux le droit de confirmer, après la dissolution, les changements opérés au cours du mariage sont nécessairement amenés à conclure que l'action en nullité se prescrit par dix ans après le jour du décès de l'un des époux, conformément à l'article 1304. La prescription de dix ans, suivant la doctrine généralement suivie, n'est en effet qu'une confirmation tacite de l'obligation annulable. Bien que cette solution que n'hésitent pas à adopter MM. Aubry et Rau, ait été aussi consacrée, dans un arrêt, par la Cour de Cassation (3), nous la rejetons sans hésitation comme absolument contraire à l'idée d'une nullité absolue. La logique exige que nous appliquions ici non l'article 1304, étranger à notre ques-

1. *Sic*, Laurent, T. 21, n° 60 ; Guillouard, T. I, n° 217.

2. Req. 6 avril 1858, Dalloz, 58, 1, 224.

3. Req. 31 janvier 1833, Sirey, 33, I, 471.

tion, mais l'article 2262 aux termes duquel : toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans. — Ce texte ne signifie pas qu'un acte radicalement nul se trouvera confirmé ou validé par l'expiration d'un délai de trente ans ; le législateur a simplement voulu dire qu'au bout de ce temps, aucune action réelle ou personnelle ne peut plus être exercée.

M. Laurent s'occupant de la nullité d'un contrat de mariage rédigé après la célébration, ce qui constitue un changement prohibé, fait observer avec raison qu'il ne faut pas confondre les conventions matrimoniales avec l'écrit qui les constate. L'écrit *instrumentum*, peut être valable par lui-même, en sa qualité d'acte authentique et par suite les pactes, étrangers au mariage qu'il est susceptible de renfermer, ne seront pas atteints par la nullité qui frappe les conventions matrimoniales. Il faut même aller jusqu'à dire que cet acte peut contenir des donations de biens présents faites par des tiers aux époux ou à l'un d'eux. Mais par contre, une institution contractuelle n'y figurerait pas valablement car elle n'est possible que dans un véritable contrat de mariage (1).

Dans le même ordre d'idées la Cour Suprême a encore décidé que l'acte qui contient des conventions matrimoniales postérieures au mariage, peut néanmoins être admis comme constatant d'une manière suffisante, les apports

1. Laurent, T. 21, n° 63 ; Aubry et Rau, V § 503 bis, n° 2. Civ. Rej. 11 novembre 1828, Dalloz au mot *contrat de mariage* n° 306.

des époux. Mais c'est là une question de fait laissée à l'appréciation des juges (1).

1. Laurent et Aubry et Rau, *loc. cit.* ; Riom, 24 août 1846, Sirey, 47, II, 142

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

- I. — Lorsque le pupille, tenu d'une simple obligation naturelle, obtient de son créancier un pacte de remise, ce pacte ne libère pas nécessairement le fidéjusseur qui garantissait l'obligation naturelle du pupille.
- II. — La loi 95, § 4, au Digeste, *De solutionibus*, peut être conciliée avec la loi 27, § 2, *De pactis*.
- III. — La loi 28, § 1, au Digeste, *De jurejurando*, ne contredit pas le principe que le pacte *de non petendo in rem*, consenti au profit du débiteur accessoire, est sans effet à l'égard du débiteur principal.

DROIT CIVIL

- I. — La stipulation d'un régime matrimonial sous condition casuelle est prohibée.

- II. — L'article 1543 a une portée plus considérable que l'article 1395.
- III. — Lorsque l'un des époux, communs en biens, est appelé à recueillir en concurrence avec d'autres cohéritiers, une succession qui se compose à la fois de meubles et d'immeubles, il faut s'attacher au résultat du partage pour décider quels biens, dans le lot de l'époux, seront propres ou communs.
- IV. — Après la célébration du mariage, le contrat pécuniaire de mariage n'existe pas rétroactivement du jour où il a été passé.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

- IV. — L'usufruitier acquiert les fruits qu'il perçoit par tradition et non par occupation.
- V. — Le pacte nu peut donner naissance à une obligation naturelle.
- VI. — Dans la *successio in locum*, le créancier hypothécaire cède le rang de son hypothèque et non l'hypothèque elle-même.
- VII. — Dans la législation de Justinien, le pécule *castrense* du fils de famille mort *intestat*, revenant au père, lui appartient *jure hereditario* et non pas *jure peculii*.

DROIT CIVIL

- V. — Pour que l'action Paulienne réussisse, il faut même dans les cas prévus par les articles 622 et 788, qu'au préjudice causé au créancier, s'ajoute l'intention de nuire du débiteur.
- VI. — Le légataire universel, qui n'est pas en concours avec un héritier réservataire, n'est tenu des dettes que *intra vires successionis*.
- VII. — Le mari ne peut aliéner sans le consentement de sa femme, les corps certains mobiliers qui sont réservés propres à la femme, sous la communauté légale ou conventionnelle.
- VIII. — La vente de la chose d'autrui est frappée de nullité absolue.

DROIT COUTUMIER

- I. — L'origine des *censives* n'est pas exclusivement le bail à cens.
- II. — Le bail à longues années engendrait un droit réel au profit du preneur.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — En matière de loi de finances, sauf la question de priorité, le Sénat a les mêmes pouvoirs que la Chambre des Députés.

- II. — D'après les lois constitutionnelles de 1875, l'accord préalable des deux Chambres limite les pouvoirs de l'Assemblée nationale.
- III. — La non-participation des femmes à la vie publique dérive d'une incompatibilité, non de leur incapacité.
-

Vu par le Président,
GLASSON.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

BIBLIOGRAPHIE	5
NOTIONS GÉNÉRALES.	7

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — Du <i>Contrarius Consensus</i>	17
CHAPITRE II. — De l'Extinction des actions <i>furti et injuriarum</i> par simple pacte.	31
CHAPITRE III. — De l'Extinction des Obligations naturelles par simple convention	33
CHAPITRE IV. — Du rôle du consentement mutuel dans l'extinc- tion des Pactes prétoriens et légitimes	38

DEUXIÈME PARTIE

Du pacte <i>de non petendo</i>	43
CHAPITRE I. — Conditions de forme.	46
CHAPITRE II. — Effets.	54
CHAPITRE III. — Etendue d'application.	58
§ 1. — Pluralité de débiteurs	60
§ 2. — Pluralité de créanciers.	72

DROIT FRANÇAIS

BIBLIOGRAPHIE	79
INTRODUCTION	83

PREMIÈRE PARTIE

Historique et fondement de la règle	86
---	----

DEUXIÈME PARTIE

Explication théorique de l'article 1335.	116
§ 1. — Quelles sont les conventions matrimoniales ? .	117
§ 2. — Quand y a-t-il changement aux conventions matrimoniales ?	129
§ 3. — A quelle époque les changements sont-ils défi- nitivement prohibés ?	139

TROISIÈME PARTIE

Etendue et cas d'application du principe de l'Immutabilité .	149
CHAPITRE I. — Changement de Régime	150
§ 1. —	150
§ 2. —	158
A. — Stipulation d'un Régime à terme.	159
B. — Stipulation d'un Régime conditionnel.	161
CHAPITRE II. — Modifications aux conséquences du Régime .	169
Section I. — Changements opérés par les époux .	169
§ 1. — Changements aux conséquences du Régi- me indépendamment des actes qui les contien- nent.	170
{ Régime de Communauté.	171
{ Régime dotal	203
Appendice	218
§ 2. — Des principaux actes susceptibles de modifier les conséquences du Régime . .	225
I. — Donation.	225

II. — Testament	227
III. — Société.	229
Section II. — Les tiers peuvent-ils par des dona- tions ou des legs, faits pendant le mariage, mo- difier les conséquences du Régime ?	237
CHAPITRE III. — Modifications aux Donations et Constitutions de dot faites par contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux	256
§ 1. — Modifications aux donations faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage . . .	256
§ 2. — Modifications aux constitutions de dot faites par des tiers aux époux dans le contrat de mariage	263
CHAPITRE IV. — Restrictions au principe.	275

QUATRIÈME PARTIE

Sanction du principe de l'Immutabilité des Conventions ma- trimoniales	280
POSITIONS.	289

Imp. des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.
